

الخيانة

في

بيوع الأمانة

دراسة تحليلية في القانون المدني

رسالة تقدمت بها الطالبة

ساكار صباح ياسين كريم

إلى مجلس كلية القانون والسياسة بجامعة سليمانية

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الدكتور محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني

كلية القانون والسياسة جامعة سليمانية

2710 ك

2010 م

1431 هـ

اشهد أن هذه الرسالة الموسومة بـ ( الخيانة في عقود الأمانة في القانون المدني ) المقدمة من قبل  
الطالبة ( ساكار صباح ياسين كريم ) قد تمت تحت إشرافي في قسم الدراسات العليا بكلية القانون  
والسياسة - جامعة سليمانية , وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص .

**التوقيع :**

**اسم المشرف : د.محمد سليمان الأحمد**

**اللقب العلمي : أستاذ**

**التاريخ :**

## توصية المقوم اللغوي

أني ( فهمي كريم احمد ) حامل شهادة / الماجستير في اللغة العربية قمت بالمراجعة اللغوية للرسالة الموسومة بـ ( الخيانة في عقود الأمانة في القانون المدني ) , وقد أجريت جميع التصحيحات اللغوية عليها ولأجل ذلك أوقع أدناه .

التوقيع :

اسم المقوم اللغوي : فهمي كريم احمد

التاريخ :

## توصية رئيس لجنة الدراسات العليا

بناءً على التوصيات المتوافرة بشأن رسالة الماجستير الموسومة بـ ( الخيانة في عقود الأمانة في القانون المدني ) التي قدمتها الطالبة ( ساكار صباح ياسين كريم ) أرشح هذه الرسالة للمناقشة .

التوقيع :

الاسم : أ.م.د.د.حسين عبد علي عيسى

التاريخ :

## مصادقة مجلس الكلية

تمت مصادقة مجلس كلية القانون والسياسة بجامعة سليمانية في جلسته المرقمة ( )  
المنعقدة في تاريخ ( ) ويكتاب مرقم ( ) في ( ) على قرار لجنة  
مناقشة رسالة الماجستير: (الخيانة في عقود الأمانة في القانون المدني ) التي قدمتها الطالبة ( ساكار  
صباح ياسين كريم ) وقرر المجلس منحها شهادة الماجستير في القانون الخاص .

التوقيع :

الاسم : أ.م.د.معروف عمر گول

عميد كلية القانون والسياسة

بسم الله الرحمن الرحيم

( يا أيها

الذين امنوا لا

تخونوا الله

والرسول وتخونوا

أماناتكم وانتم

تعلمون )

صدق الله العظيم

سورة الأنفال الآية ( 27 )

الإهداء

إلى والـ \_\_\_\_\_  
الحنـ \_\_\_\_\_ون

إلى

والـ \_\_\_\_\_دتي  
الـ \_\_\_\_\_بيبة

إلى

أشـ \_\_\_\_\_ائي  
وشـ \_\_\_\_\_قيقات

ي

اهـ \_\_\_\_\_دي

ثمرة جهدي

المتـ \_\_\_\_\_واضع

# سأكار

ح

## الشكر والتقدير

يسعدني و يشرفني أن أقدم شكري وأمتناني الى استاذي الفاضل الدكتور محمد سليمان الأحمد ،الذي لولاه لما خرجت هذه الرسالة الى النور ،وقد كانت لتوجيهاته الكريمة الأثر البالغ في نفسي لأنجاز هذا العمل ،على الرغم من الظروف التي مررت بها في أثناء فترة اعداد هذه الرسالة ،كما تعلمت على يديه حب القانون المدني ،وقدم لي كل ما من شأنه ان يؤثر في تقدمي في حياتي الدراسية بفضل توجيهاته و تعليماته النبيلة ،فبارك الله به وأمدّه بدوام الصحة .

كما أتقدم بوافر امتناني لأستاذي الفاضل الدكتور فاروق عبدالله كريم ،على وقوفه المستمر بجانب طلبته ودعمهم وحثهم على المضي قدما نحو تحقيق الطموحات العلمية ،كما ان الواجب يحتم على تقديم عظيم شكري لأستاذي الفاضل زبير مصطفى حسين ، العميد السابق للكلية ، الذي وقف بجانبني وشجعني لأختيار السيد المشرف والموضوع . كما يشرفني ان انتقدم بجزيل الشكر والتقدير للسيد رئيس لجنة الدراسات العليا في الكلية الدكتور حسين عبد علي عيسى ، الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته السديدة.

كما أقدم شكري وأحترامي لأستاذي الدكتور نواف حازم خالد لدعمه وتوفيره المصادر التي أحتجت لها في دراستي .

وأقدم شكري وتقديري لـ ( الست نجوى ) امينة مكتبة كلية القانون جامعة كركوك لما قدمته لي من التسهيلات اللازمة لغرض الحصول على المراجع ، وكذلك اقدم شكري ( نازه وتاره واواز وسيوه ) موظفات مكتبة كلية القانون والسياسة في جامعة السليمانية لما قدمن لي من المراجع .

وكذلك اقدم شكري وتقديري لجميع اصدقائي وصديقاتي في هذه المرحلة الدراسية من حياتي ( نرمين واسوس ومحمد ودلاور وتحسين وصفاء ) .



واخيرا وليس اخرا اقدم شكري وامتناني للصديق والاخ العزيز د.بمو برويز عزيز لمساعدته لي  
في اثناء كتابة رسالتي.

**الباحثة**

# المقدمة

## المقدمة

بعد ان نحمد الله عزوجل ونصلي ونسلم على رسوله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه  
الطيبين الطاهرين ، فاننا نجرأ حديثنا في المقدمة على الفقرات الآتية :

### أولا / مدخل تعريفي بموضوع البحث :

ان مايشهده العالم اليوم من تطورات هائلة في مجال التبادلات المالية سواء من حيث الكيف أو الكم أو المضمون ، لغرض إشباع مختلف الحاجات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها ، سحب معه تطورات عديدة في مجال إتباع الوسائل غير المشروعة في الحصول على المكاسب المالية ، وهو بالتالي سيستدعي من المشرع التدخل للحد من هذه الوسائل ومحاربتها بطرق مبتكرة وجديدة ، إلا ان اللافت للنظر انه كلما وجد المشرع طريقا حديثا لسد الذرائع ، فانه يفاجأ بوسائل أحدث في الكسب غير المشروع ، وهكذا كلما يتطور العلاج تظهر أمراض جديدة على السطح - ان صح التعبير - ، لكن لجوء القانون إلى وسيلة وان كانت قديمة ، لكنها تمتاز بانها عامة شاملة لجميع الفروض يكاد يكون الحل الانجح ، مع إمكانية إدخال التعديلات والتغييرات عليها بحيث يتم جعلها ملائمة للتصدي للكثير من الوسائل غير المشروع للكسب المالي ، وبالتالي زرع الثقة والطمأنينة والمصادقية في التعامل ، لا سيما في المعاملات التي لا تنهض إلا بتوافر هذه المصادقية أو تلك الثقة . ولعلّ البارز هنا ان طريقة المعالجة التشريعية هذه كانت غير خافية على الفقه الاسلامي الحنيف عندما أقر نظام عقود الامانة وخصّها بوضع خاص ، مما حدا بالقوانين المدنية في العديد من الدول المعتمدة للاسلام ان تحذوا حذوه لقوة المنطق الذي دعا إلى وضع خصوصية معينة لتلك العقود .

### ثانيا/ مشكلة البحث وأسباب إختيار الموضوع :

ليس من الغريب ان نقر هنا ان موضوع ( الخيانة في عقود الامانة ) هو موضوع قديم ، لكن إختيارنا له مشكلة بحثية جديرة بالنقاش والتمحيص :

1- فمن جهة ، ان إستخدام مصطلح ( الخيانة ) قد يبدو غريبا على فقه القانون المدني ، لانه موضوع يدخل في نطاق السلوكيات الانسانية التي يهتم بها عادة القانون الجنائي ، إلا انه ومع ذلك يستخدم على نطاق محدود في القوانين المدنية ، ويكاد ينحصر في عقود الامانة فحسب ، إذ ان القانون المدني قد وصف مجرد الكتمان في نمط معين من العقود ، بانه ( خيانة ) ، وهو استخدام يقصد به الدلالة على معان مختلفة عن تلك السائدة في ظل الدراسات الجنائية خصوصا والدراسات القانونية عموما .

2- ومن جهة ثانية ، فان معنى ( عقود الامانة ) قد ينصرف على تلك العقود القائمة على أساس الامانة أي حفظ مال الغير ورده كما هو إلى ماله ، كعقود الايجار والعارية والوديعة ، أو انها تلك العقود التي لا تنهض الا بالتسليم ، كما هو دارج في القانون

الجنائي في نطاق شروط تحقق جريمة خيانة الأمانة ، في حين ان مفهومها هو لا هذا ولا ذاك ، وهذا ما دعانا لبحثها لخصوصيتها .

3- ومن جهة ثالثة ، فان الوسيلة التي يظهر بها عيب التغيرير مصحوبا بالغبن الفاحش ، عادة ماتكون وسيلة ايجابية ، أي ان التغيرير يتأدى من خلال القيام بأعمال معينة ، وليس من خلال الامتناع عن القيام بأعمال معينة ، في حين انه يتجسد في حالة الخيانة في عقود الأمانة بصورته السلبية المتمثلة بالكتمان ، وهي حالة نادرا ما يقع بها التغيرير كل هذا دعائي لإختيار هذا الموضوع .

### ثالثا/ أهمية الموضوع :

ان أهمية الموضوع تبرز من خلال تحديد مشكلة البحث فيه ، إذ ان إثارة هذه المشكلة سيظهر لنا أهمية موضوع ( الخيانة في عقود الأمانة ) من خلال بروز موضوعات متعددة على بساط البحث .

إذ سنتعرف من خلال البحث على مفهوم الخيانة في القانون المدني ، وكذلك على مفاهيم عديدة أخرى كالامانة ونقضها وعقودها ، والتغيرير بطريق الكتمان ، والتزامات الأمين في عقود الأمانة ، ومدى المصادقية في تلك العقود ، وأساس إقرارها ، وأحكام الخيانة فيها إمّا بجعلها تأخذ حكم العيب في الرضا ، أو بجعلها تشكل خطأ موجبا للمسؤولية المدنية .  
وحقيقة ان كل هذه الموضوعات تبرز أهمية البحث .

### رابعا/ منهجية البحث :

وان كان ماإعتمدناه من منهج منفرد للبحث قد يضعف البحث في نظر القاري والمحصّص ، فاننا نبرر عدم إعتنادنا على المنهج المقارن بشكل مطلق ، لعدم وجود اختلاف في معالجة موضوع البحث بين القوانين التي أخذت بعقود الأمانة وفقا للمعنى المرسخ لها في الفقه الاسلامي ، ولهذا فان الفائدة ستعتمد من إجراء المقارنة ، ولكن مع ذلك فسوف نشير في البحث إلى مواقف مقارنة لكل من الفقه الإسلامي ، كونه المرجع الأساس لهذا الموضوع ، وكذلك سوف نشير في البحث لموقف القانون المدني الأردني كونه القانون الأقرب إلى قانوننا المدني في تنظيم هذا الموضوع ، والمنهج المبرز في البحث هو فسيقترصر التحليل للنصوص القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية - ان وجدت - ، إذ ان الطابع الذي يتسم به موضوعنا هو طابع نظري صرف نتأمل من خلال دراستنا له استكشاف أهميته العلمية وكذلك العملية ، ليكون علاجنا قانونيا لكثير من الوقائع .

### خامسا/ هيكلية البحث :

سوف نقسم هذا البحث إلى مقدمة وخاتمة وثلاثة فصول يتضمن كل واحد منها مبحثين اثنين .  
والفصول البحثية الثلاثة هي :-

- الفصل الأول                      التعريف بمتضمنات نقض الامانة
  - الفصل الثاني                   عقود الامانة والتزامات الأمين فيها
  - الفصل الثالث                  أحكام الخيانة في عقود الامانة
- وسننهي البحث بخاتمة مقتضبة تتضمن أهم النتائج وأهم التوصيات ، والله ولي التوفيق .

## الفصل الأول

### التعريف بمتضمنات نقض الامانة

## الفصل الأول

### التعريف بمتضمنات نقض الامانة

من اجل ان نحيط علما بكل متضمنات نقض الامانة ، والتي تظهر من خلالها ماهية الامانة والخيانة فيها ، وماهية كل ما من شأنه ان يحقق حالة الخيانة فيما باتت معروفة في منظومة القانون المدني بعقود الامانة ، التسمية التي اقتبسها المشرع العراقي من الفقه الإسلامي ، وكذلك فان ورود موضوع الخيانة في عقود الامانة في باب عيوب الرضا ، لا سيما التغرير مع الغبن الفاحش ، فهذا يفرض علينا اعطاء فكرة عن التغرير وخاصة عندما يقع سلبا عن طريق الكتمان . فاننا سوف نقسم هذا الفصل على مبحثين ، نعالج في المبحث الأول ماهية الامانة والخيانة فيها ونخصص المبحث الثاني لماهية التغرير والكتمان .

### المبحث الأول

#### ماهية الامانة والخيانة فيها

لكي نوضح الخطوط العريضة للخيانة في عقود الامانة ، لما ينبغي علينا ان نوضح ماهية مصطلحين مهمين في الدراسة وهما الامانة ، والخيانة ، وهذا ما سنوضحه في المطلبين الآتيين .

### المطلب الأول

#### ماهية الامانة

تتضح ماهية الامانة من خلال تحديد مفهومها وبيان عناصرها ومصادرها ، لذا يقتضي بنا ان نقسم هذا المطلب على فرعين ، نعالج في الفرع الأول تعريف الامانة ونبحث في الفرع الثاني عناصرها ومصادرها .

## الفرع الأول

### تعريف الامانة

عرّف المشرع العراقي الامانة في القانون المدني<sup>1</sup> ، حيث نص في المادة (950) منه على انه : ( 1- الامانة هي المال الذي وصل إلى يد احد بأذن صاحبه حقيقة أو حكماً ، لا على وجه التملك ، وهي إما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة ، أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار ، أو بدون عقد ولا قصد كما لو أُلقت الريح في دار شخص مال احد 2- والامانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك ، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ام لا ، وانما يضمنها إذا هلك بصنعه أو بتعد أو تقصير منه ) وهذا التعريف قد تضمن تحديداً لمعنى الامانة وتحديد مصادرها وعناصرها وسيتبين في هذا الفرع التعريف اللغوي للامانة والتعريف الاصطلاحي لها .

ففي اللغة الأمان والامانة بمعنى واحد ، وقد ( امن ) من باب فهم وسلم وأماناً وأمانة بفتحتين فهو ( امن ) و ( آمنه ) غيره من الأمن والأمان<sup>2</sup>. يظهر مما تقدم ان الامانة مصدر للفعل امن ، وقد دل المعنى اللغوي لها على حقيقة الثقة التي يزرعها الشخص في الامين ، ولن يختار احد شخصاً اميناً على ماله ، ما لم يأمن جانبه ويثق به.

وفي الاصطلاح فان القانون المدني العراقي<sup>3</sup> قد عرف الامانة وهي المال الذي وصل إلى يد احد بأذن من صاحبه حقيقة او حكماً لا على وجه التملك. وعرفت مجلة الأحكام العدلية<sup>4</sup> الامانة بانها الشيء الذي يوجد عند من يتخذ أميناً . والنص الذي أورده هذا التعريف قد تضمن تفصيلاً بعناصر الامانة ومصادرها ، وهو النص الذي اقتبس منه المشرع العراقي احكام المادة (950) ويلاحظ عليهما انهما عرفا الامانة بالشيء الذي في يد الامين ، في حين انها تتسع لأكثر من ذلك<sup>5</sup>. كما عرفها البعض<sup>6</sup> بانها : اسم لكل شيء مملوك غير مضمون على صاحب اليد وقد تضمن التعريف عدة أمور هي :

أ - عناصر الامانة وهي ، المال المملوك واليد على ملك الغير وعدم الضمان

ب - ان صفة الامانة تتبع صفة اليد ، وعليه يمكن تحول الشيء من امانة إلى مال مضمون بتحول يد الامانة إلى يد الضمان ، والعكس صحيح.

ج - لم يحدد التعريف مصادر الامانة . لذلك يشمل جميع المصادر المنشئة لها.

<sup>1</sup> رقم 40 لسنة 1951

<sup>2</sup> لاحظ: محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، سنة 1983 ، ص

26

<sup>3</sup> لاحظ : المادة 950 منه.

<sup>4</sup> المادة 762 منها.

<sup>5</sup> لاحظ: منير القاضي ، شرح المجلد ، ج2 ، مطبعتا السريان والعاني ، بغداد. 1947 ، ص151

<sup>6</sup> لاحظ: دكتورة ليلى عبدالله سعيد ، الامانة في المعاملات المالية ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون جامعة الموصل ، العدد الاول سنة 1996 ، ص 6



د- لا يمنع التعريف من تعاقب الأيدي على الامانة ، دون تحولها إلى يد الضمان ، إذا توافرت في هذه الأيدي عناصر الامانة.

هـ - تدخل في الامانة زوائدها بوصفها امانة أيضا ، فلا يضمنها صاحب اليد إلا بالتعدي أو التقصير في حفظها

نلاحظ ان جميع التعريفات السابقة قد ركزت على تعريف الامانة بانها الشيء الذي بيد غير المالك ، لكن الامانة تستغرق هذا المعنى ، فالامانة لا ينحصر مفهومها في الشيء الذي يجب على الغير ان يقوم بحفظه ، بل هي حالة تتضمن معنى الثقة التي تقوم على الاطمئنان ، والتي بطبيعتها ، لا تجمع مع العدوان والضمان الناجم عنه ، فالامين ليس امينا ، لانه غير ضامن ، بل ان المعتدي يضمن لانه غير امين ، وغير الامين هو الشخص الذي فقد الثقة التي جعلته يتمتع بهذه الصفة سابقا .

ان منع حصر الامانة في الشيء أمر يقره الشرع والمنطق ، فالامانة لا تقف عند حد معنى الشيء المحفوظ ، في اللفظ الذي أتى به القرآن الكريم في قوله تعالى (( انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال فأبين ان يحملنها واشفقن منها وحملها الانسان انه كان ظلوما جهولا ))<sup>1</sup> فالامانة والامن والامان في الأصل مصادر للفعل امن ، وهو طمأنينة النفس وزوال الخوف فالامانة اما ان تكون اسما للحالة التي يكون عليها الانسان في الامن ، واما ان يكون اسما لما يؤمن عليه الانسان ، كما في الآية الكريمة السابقة<sup>2</sup> كما ان حصر الامانة في معنى الشيء المحفوظ أمر ينفاه المنطق في إطلاق المصطلحات التي تتضمن لفظ الامانة ، كعقود الامانة وخيانة الامانة ، فهذا لا يعني انها محصورة في معنى الشيء المحفوظ بل المقصود منها ، عقود الثقة وخيانة الثقة .

كما ان المعنى المختار للامانة لا ينحصر في صفة اليد على ملك الغير ، ان كانت اليد يد امانة ، إذ أنه يكثر في الحياة العملية حيازة الأشخاص لأموال بعضهم البعض ، وان كان الأصل ان يكون الحائز للشيء هو المالك له ، لكن طبيعة المعاملات المدنية تتطلب - في كثير من الاحيان - حيازة أموال مملوكة للغير ، ومن بين هذه الحيازات ما يقره القانون بحيث يوصف الحائز (صاحب اليد) نائباً عن المالك ، ومنها ما لا يقره القانون فيكون الحائز في وضع غير مشروع وتكون يده معتدية على مال الغير ؛ هذا وقد نظم الفقه الإسلامي اليد على ملك الغير ، وقد عد كل يد على شيء لم يكن صاحب اليد مالكا له ، يد امانة أو يد ضمان ؛ ومن بين المشرعين الذين سلكوا هذا المسلك ، المشرع العراقي ، إذ حدد مفهوم كل من اليدين ، فاليد تكون يد ضمان عندما يحوز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، وتكون اليد يد امانة عندما يحوز الشيء لا بقصد

<sup>1</sup> سورة الاحزاب ، الآية (72) (

<sup>2</sup> لاحظ العلامة الراغب الاصفهاني ، مفردات الفاظ القرآن ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ،

تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك<sup>1</sup>. كما ان المشرع العراقي قد أوضح أحكام اليد مسيطرة في ذلك لما اقره الفقهاء المسلمون ؛ وفي مقابل ذلك لم تضع معظم القوانين المدنية ، ولاسيما القوانين التي إقتبست جلّ أحكامها من الفقه الإسلامي كالقانون المدني الأردني ، نصوصاً عامه تحكم هذا الموضوع ، سواء من حيث التعريف أو بيان الأحكام . أما يد الملك فهي التي تحقق فيها سبباً من أسباب كسب الملكية الواردة في القوانين المدنية<sup>2</sup>.

عليه فان اليد إما ان تكون على ملك صاحبها ، فتكون يد ملك ، وإما ان تكون على ملك الغير ، فتكون إما يد امانة أو يد ضمان<sup>3</sup>. ولعلّ تسمية يد الامانة قد جاء من الثقة التي منحها المالك لمن يحوز عنه ماله ، فهي تأتي بهذا المعنى دائماً .

## الفرع الثاني

### عناصر الامانة ومصادرها

من اجل توضيح عناصر الامانة ومصادرها سوف نقسم هذا الفرع إلى مقصدين مستقلين ، نوضح في المقصد الأول عناصر الامانة وفي المقصد الثاني مصادرها.

## المقصد الأول

### عناصر الامانة

من خلال الرجوع إلى تعريف الامانة يتبين بانها : ثقة يتصف بها الشخص الذي يحوز مالا مملوكا للغير لا بقصد تمكله بل لغرض الحفظ اما صفة عدم الضمان ، فهي اثر يترتب على اكتساب صفة الامانة ، يتبين بان عناصر الامانة ثلاثة : 1- المال المملوك للغير 2- الحيابة 3- قصد الحفظ . وسوف نوضح ونشرح كل عنصر على حده.

<sup>1</sup> المادة (427) مدني عراقي .

<sup>2</sup> لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 2001 ، ص 150 وما بعدها . (( يلاحظ ان القوانين الغربية لا تعرف اليد ولا أحكامها ، كذلك فان القوانين العربية التي تأثرت بها كالمصري والسوري واللبناني ، تعد هذه الأوضاع غريبة عنها ، بل انه على الرغم من اعتراف بعض القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي بحكم اليد في بعض النظم القانونية ، كما هو الحال في العقود ، إلا انها لم تضع مفهوماً واضحاً لليد ولا قواعد عامة لحكمها ، عدا القانون المدني العراقي ذو الرقم (40) لسنة 1951 ، كما سبق ذكره ، وكذلك قانون المواد المدنية والتجارية القطري ذو الرقم (7) لسنة 1974 ( الملغي ) الذي نقل معظم مواده من القانون العراقي . ))

<sup>3</sup> لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، تحوّل اليد في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة ، تصدرها كلية القانون والسياسة ، جامعة صلاح الدين ، العدد (3) ، 2005 ، ص 260.

## أولاً: - المال المملوك :

المال لغة : ما ملكته من كل شيء وقيل المال ما يميل إليه الطبع سواء كان منقولاً أم عقاراً ويطلق المال على القيمة وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير وعلى الثمن وهو ما لزم من البيع وإن لم يقوم به<sup>1</sup>. مول - (المال) معروفاً ورجل (مال) أي كثير مال وتمول الرجل صار ذا مال معروف ويذكر ويؤنث وهو المال وهي المال ويقال : مال الرجل يمال مالا إذا كثر ماله فهو مال<sup>2</sup>.

أما في الاصطلاح ، فيكاد أهل المذاهب يتفقون على أمر وهو أن الأساس في اعتبار المال هو قيام المنفعة المباحة فما كان ذا منفعة دخل تحت اسم المال وعليه فقد عرّف المال بأنه : ( هو كل ما له قيمة يلزم متلفه ضمانه )<sup>3</sup>. ومن الجدير بالذكر أن هناك فرق بين المال والشيء. فالمال هو حق أمّا الشيء فهو محل هذا الحق ، وعندما يطلق لفظ المال يعني أن له قيمة نقدية بموجب القانون . في حين نجد أن المشرع العراقي وفي نص المادة ( 65 ) مدني يعرّف : (( المال هو كل حق له قيمة مادية )).

والمال عند فقهاء الشريعة ، مختلف في المعنى ، فهو عند الحنفية : ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة<sup>4</sup> ، فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية<sup>5</sup> بأنه : (( ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول )) . وهو عند المالكية<sup>6</sup> ما يقع عليه الملك ، وعند الشافعية<sup>7</sup> هو ما كان مستعداً لأن ينتفع به . وعند الحنابلة<sup>8</sup> ، هو كل ما يباح نفعه نفعه مطلقاً أو اقتناؤه بلا حاجة<sup>9</sup>.

والمال هو القيمة التي تعطى للأشياء بحكم القانون وكل شيء يدخل في التعامل تعلّق به المال ، منقولاً كان هذا الشيء أو عقاراً ، كما أن المال (( الحق المالي )) قد يكون حقاً عقارياً إذا ورد على أشياء عقارية ، أو حقاً منقولاً إذا كان في صورة حق شخصي وإن ورد على عقار ، كما في حق مستاجر العقار ، فهو حق مالي منقول .

صحيح أن المال هو كل حق ورد على شيء داخل التعامل أي أن له قيمة ، وهذه القيمة هي قيمة قانونية ، سواء أكانت قيمة عينية ( مادية ) أو قيمة معنوية ، كالديون والضمانات ،

<sup>1</sup> لاحظ: بطرس البستاني ، محيط المحيط ، المرجع السابق ، ص 869

<sup>2</sup> لاحظ: الرازي ، الصحاح ، ( بدون ذكر سنة ومكان نشر ) ، ص 639

<sup>3</sup> لاحظ: عبدالله بن ناصر السلمي ، الغش وأثره في العقود. ج 1 ، دار كنوز اشبيليا ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، ط 1 ، سنة 2004 ، ص 65

<sup>4</sup> لاحظ: د. عبد السلام داؤود العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، ج 1 ، مكتبة الأقصى ، عمان ، 1974 ، ص 172 .

<sup>5</sup> المادة (126) مجلة الأحكام العدلية .

<sup>6</sup> لاحظ: د. محمد حسين قنديل ، مرجع سابق ، ص 106 .

<sup>7</sup> لاحظ: د. عبد السلام العبادي ، مرجع سابق ، ص 174 .

<sup>8</sup> لاحظ: د. محمد حسين قنديل ، مرجع سابق ، ص 107 .

<sup>9</sup> لاحظ: عز الدين الخطيب التميمي و مجموعة من الباحثين ، نظرات في الثقافة الإسلامية ، دار الفرقان ، عمان ، 1999 ، ط 4 ، ص 173 ، وما بعدها .

ولهذا فالمال هو كل حق له قيمة في نظر القانون ، والقانون هو مصدر هذه القيمة ، فالنقود - مثلاً- تتجرد من قيمتها بمجرد تخلي القانون عن الإعتراف بها بإسقاطها ، فتصبح مجرد أوراق لا قيمة لها . عليه فكان من الأولى على المشرع ان يذكر ان :  
 (( المال هو كل حق له قيمة إقتصادية بموجب القانون ))<sup>1</sup>.

ومن هنا يتبين لنا ان حق الملكية وحق التصرف وغيرهما من الحقوق العينية وكذلك الحقوق الشخصية، والحقوق المعنوية جميعها تعد أموالاً ، لان لها قيمة إقتصادية .  
 أما صفة المملوك فتعني اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه ومانعاً من تصرف غيره فيه .  
 أذن المال المملوك هو كل ما له قيمة ويعود لشخص يكون له مطلق الحرية في التصرف فيه ومانع من تصرف غيره فيه ويلزم متلفه ضمانه.

### ثانياً:- الحيازة :

اليد لغة مؤنثة وهي من المنكب إلى إطراف الأصابع<sup>2</sup>. وهذا الشيء في (يدي) أي في ملكي<sup>3</sup>. ويقول العرب مالي به يد ، أي به قوة<sup>4</sup>.  
 ونص القانون المدني العراقي<sup>5</sup> على انه (1- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، وتكون يد امانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك ). يتضح من هذه المادة ان اليد على ملك الغير أما يد ضمان أو يد امانة ونحن هنا بصدد الامانة فأذن يقع على عاتق صاحب يد الامانة التزام بحفظ الشيء الذي تحت يده ثم برده إلى صاحبه . ومعيار الحفظ يتحدد تبعاً لنوع الامانة فيما إذا كانت لمصلحة المالك أم لمصلحة الأمين أم لمصلحة الطرفين معاً<sup>6</sup>. وان الاصل في معيار حفظ الشيء هو معيار الشخص المعتاد فهذا هو القاعدة العامة في هذا المجال واستثناءاً يتطلب من الأمين ان يحفظ الامانة كما يحفظ مال نفسه.

فإذا كانت لمصلحة المالك أي كانت منافعها خالصة للمالك كالوديعة دون اجر واللقطة والوكالة بغير اجر ، فأأمين هنا يكون ملتزماً بحفظ الامانة كحفظه لماله . أما إذا كانت لمصلحة صاحب اليد (الأمين) كالعارية ، فهنا اليد يد امانة حسب القانون المدني العراقي<sup>7</sup> حيث نص على انه ( العارية امانة في يد المستعير فان هلك او ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد منه ولا تقصير لا يلزمه

<sup>1</sup> لاحظ : أستاذنا الدكتور محمد سليمان الأحمد ، خواطر مدنية ، دار الفكر والوعي ، السليمانية ، 2009 ، ص 290 .

<sup>2</sup> لاحظ: الحموي ، المصباح المنير ، المرجع السابق ، ص 394

<sup>3</sup> لاحظ: الرازي ، الصحاح ، المرجع السابق ، ص 742

<sup>4</sup> لاحظ: العلامة ابن منظور ، لسان العرب ، المرجع السابق ، ص 304

<sup>5</sup> لاحظ: الفقرة 1 من المادة 427

<sup>6</sup> لاحظ: دكتورة ليلى عبد الله سعيد. النظرية العامة لضمان اليد. مكتبة الجيل العربي ، العراق ، الموصل ، سنة

2000 ، ص 38

<sup>7</sup> لاحظ: المادة 857

(الضمان) ففي عقد العارية يجب على المستعير ان يعتني بحفظ العارية وصيانتها كاعتناء الشخص المعتاد وإذا كان بإمكان المستعير منع التلف عن العارية بأي وجه ولم يمنعه يكون متعديا فيضمنها. أما إذا كانت لمصلحة الطرفين كالإجارة والشركة والوديعة المأجورة فإن الأأمين هنا يلتزم ببذل العناية التي يبذلها الشخص المعتاد في حفظ ماله ، فإذا بذل الأأمين هذا القدر من العناية يكون قد أوفى بالتزامه بالحفظ<sup>1</sup>. واليد على ملك الغير هنا نقصد به الحيابة حيث نصت المادة (1145) من القانون المدني العراقي<sup>2</sup> على ان ( 1- الحيابة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطره فعلية على شئ يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق 2- ولا تقوم الحيابة على عمل يأتيه الشخص انه مجرد إباحة، او عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح منه ، وكذلك لا تقوم على أعمال متقطعة ) من هذه المادة يتضح لكي تكون الحيابة صحيحة شروط معينة يجب توافرها لكن الحيابة تكون صحيحة وهي الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح ، فالحيابة المتقطعة ، والحيابة بالإكراه والحيابة الخفية والحيابة الغامضة (كحيابة الوارث ) كل هذه الصور لا تعد حيابة صحيحة ، وللحيابة بعد توافر شروطها ، عنصران ، عنصر مادي هو السيطرة المادية وعنصر معنوي هو نية استعمال حق من الحقوق<sup>3</sup>

### ثالثا : - قصد الحفظ :

والقصد في اللغة يؤدي عدة معان: كالإعتماد و العزم ، و يقصد ب (القصد): الإعتزام و التوجه و النهوض نحو الشيء ، خيرا كان أم شرا ، فهو العزم و التوجه نحو أي شيء<sup>4</sup>. و هذا هو معناه اللغوي ، القصد مفهوم مرتبط بالإرادة ، فعندما نقول لشخص ماذا تقصد؟ فاننا و كأنما نقول له ماذا تريد؟ إذ قد يقال عن الشخص انه سبب الأثر قصدا ، سببه بإستخدام وسائل أراد بها تسببه ، أو بأستخدام وسائل كان وقت إستخدامها يعلم انها تسبب ذلك الأثر أو كان ما يحمله على الإعتقاد بانها يحتمل انها تسببه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> لاحظ: دكتورة ليلي عبدالله سعيد ، المرجع السابق ، ص 146

<sup>2</sup> المادة (1/1171) مدني اردني

<sup>3</sup> لاحظ المستشار انور طلبة ، الحيابة ، المكتب الجامعي الحديث ، الازارطة ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 5 . ولاحظ أيضا : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد وأستاذنا د. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيابة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون والسياسة ، جامعة الموصل ، العدد (17) ، 2003 ، ص 45 وما بعدها.

<sup>4</sup> لاحظ: الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، مصطفى البابي الحلبي ، بيروت ، 1952 ، ج 1 ، ص 339 ، (جاء في لسان العرب لابن منظور: القصد ، إستقامة الطريق ، قصد يقصد قصدا ، فهو قاصد ، و قوله تعالى: ((و على الله قصد السبيل)) ، أي على الله تبين الطريق المستقيم و الدعاء إليه بالحجج و البراهين الواضحة ، ومنها جائر أي ومنها طريق غير قاصد ، و الطريق القاصد ، سهل مستقيم ، و سفر قاصد. سهل قريب. و في التنزيل العزيز: ((لو كان عرضا قريبا و سفرا قاصدا لاتبعوك))... و في الحديث: القصد القصد تبلغوا ، أي عليكم بالقصد من الأمور في القول و الفعل ، و هو الوسط بين الطرفين ، و هو منصوب على المصدر المؤكد و تكراره للتأكيد. في الحديث: عليكم هديا قاصدا أي طريقا معتدلا...)) لاحظ: ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الخامس ، مطبعة دار صادر ، بيروت ، 1997 ، ط 1 ، ص 264.

<sup>5</sup> Hussein Ahmad Tarawneh ، Legal Terminology ، Dar Wael ، Amman ، 2004 ، p. 220

أما معناه في الإصطلاح الفقهي فهو: العزم المتوجه نحو إبرام أمر ما ، كان يكون إلزاماً<sup>1</sup> ، و المقصود بالعزم هو عقد القلب على شيء و إرادته<sup>2</sup> ، فالعزم هو الإرادة المؤكدة<sup>3</sup> ، و ذلك بان يكون قد عقد القلب عليه و توجهت إرادته المؤكدة نحو إحداث تصور تترتب عليه آثار قانونية ، فعلى هذا فمن لم يكن له عزم كالمجنون و نحوه ، لم يتحقق به قصد<sup>4</sup> ، فالقصد هو تأكيد إرادة الشيء و العزم على تحقيقه فالقصد هو النية ، فالذي ينعقد قصده على شيء ، فانما تتعقد نيته على ذلك ، و النية إعتزام أتيان عمل ، و القصد المرادف لها ، هو قصد بالفعل ، من جهة انه كائن ، و هو أيضا قصده بالقوة ، من جهة انه ممكن<sup>5</sup> ، فالقصد كائن لدى كل شخص قادم على القيام بعمل ما أو الإمتناع عنه ، بحيث ان هذا القيام أو الإمتناع ، تكون له صورة الشيء الذي هو فيه عندما يركز في ذاته على ما يحتمه وجودا القصد بالفعل ، فلا صلاة بلا نية ، أي بلا قصد ، فالصلاة عندما ارتكبت على النية و جعلتها من الأركان لا من الأبعاد ، فالنية (القصد) فيها كائنا ، و القصد موجود بالفعل.

و القصد عند الانسان هو معيار إرادته الباطنية ، و هو ضابط ما انعقد عليه عزمه و ما أراد تحقيقه ، و الحقيقة الداخلية للانسان تقع ما وراء قصده ، و لهذا فقد إهتم القانون بتفصيل إرادة الانسان الباطنية على إرادته الظاهرة ، عندما يتعدى ترجيحها الإضرار بالغير الذي لا يعلم بحقيقة النفس المكمونة<sup>6</sup> ، كما ان العبرة في العقود ((للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني))<sup>7</sup>.

و القصد مكوّن نفسي ، و هو كيفية من الكيفيات النفسية التي تبدأ بالهاجس ، ثم الخاطر ، ثم حديث النفس ، ثم الهم ، ثم العزم ، و بالعزم ينعقد القصد ، فأول ما تنفدح النفس بالهاجس ، لذا فان الشخص عندما يخاف و يفاجيء نفسه بالخوف ، بقول انه أصبح عنده

<sup>1</sup> لاحظ: د. علي محي الدين على القرعة داغي ، مبدأ الرضا في العقود ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، 2002 ، ط 2 ، ص 259

<sup>2</sup> الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، مرجع سابق ، ج 4 ، ص 151

<sup>3</sup> لاحظ: د. علي القرعة داغي ، مرجع سابق ، ص 259

<sup>4</sup> لاحظ: المرجع السابق ، الإشارة نفسها.

<sup>5</sup> مصطلحي القصد بالفعل و القصد بالقوة ، انما جاء كل منهما من تقسيم أرسطو للوجود إلى وجود بالقوة ، و وجود بالفعل ، فالموجود بالقوة هو ممكن أما الموجود بالفعل فهو كائن ، و قد قسم (أرسطو) العقل إلى قسمين: العقل الفعّال و العقل المنفعل ، فالأول تصدر منه المعقولات ، بينما يتقبلها الثاني من الإحساسات و الصور ، و يمكن القول بان العقل الفعال هو عقل بالفعل ، بينما العقل المنفعل هو عقل بالقوة ، و النفس العاقلة في نظر (أرسطو) خالدة ، لا تموت بموت الجسد أو البدن ، و العقل الفعال هو الذي يبقى بعد الموت لانه لا يتأثر بالمادة. و قد ميّز (أرسطو) بين قوتين للعقل: قوة منفعة ، أي العقل بالقوة ، و قوة فاعلة أي العقل بالفعل ، داخل العقل الانساني ، و يعود سبب هذا التمييز إلى أمرين: الأول: هو لكي يفسر كيفية الإدراك العقلي ، حيث يجرد العقل بالفعل الصور فيكون أشبه بالضوء الذي يكشف للحواس موضوعاتها فيتلقاها العقل بالقوة ، فيتحوّل إلى عقل مدرك بالفعل ، و الثاني: لكي يميز بين درجتين من درجات المعرفة العقلية: الأولى: العقل حينما يعرف معتمدا على ما تنقله الحواس ، أما المعرفة الثانية فهي العقل حينما يدرك و يعرف دون الرجوع إلى تلك الخبرات الحسية ، و بدون معرفتها ، أي يعرف من خلال نشاطه الخالص الخاص ، و المعرفة المباشرة للعقول تسمى بـ(الحدس). (لاحظ: د. مصطفى النشار ، نظرية المعرفة عند أرسطو ، دار المعارف ، القاهرة ، 1985 ، ط 1 ، ص 138. د. هلالى عبدالله أحمد ، الحقيقة بين الفلسفة العامة و الإسلامية و فلسفة الإثبات الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) ، ص 82 ، 86 ، 94).

<sup>6</sup> لاحظ المواد: (147) مدني عراقي ، (368) مدني أردني .

<sup>7</sup> لاحظ: الفقرة (1) من المادة (155) مدني عراقي ، و تقابلها: الفقرة (1) من المادة (214) مدني أردني .

هاجس بالخوف ، فيأتي الخاطر ، فتخطر على فكره و نفسه خواطر عديدة تكون لها علل عديدة ، فيتحدث مع نفسه مرجحاً أحدها على الآخر ، حتى يصبح عنده هم معين غير نهائي ، فقد يريد الهرب أو المواصله أو التقدم أو التحوّز أو طلب مساعدة الآخرين في القضاء على حالته النفسية ، فيهم إلى ترجيح أحدها ، فإذا توجه نحو ممارسة أحد الإحتمالات ، فان عزمه سينعقد أخيراً على التوجه نحو أحد هذه الإحتمالات ، و هنا يحدث عنده (القصد)<sup>1</sup>.

و لما كان القصد هو (توجيه العزم) ، فهو مرحلة تأتي مباشرة و بدون أي انقطاع في الملازمة الزمانية ، بعد العزم ، فهو توجيه له نحو الخارج ، إي ترجمة ما توصلت إليه النفس بكيفياتها إلى الواقع الخارجي ، بحسب ما إذا كان هناك سوم أو لم يكن هناك سوم ، على حسب ما سيأتي عند توضيح الفرق بين القصد و السوم.

أمّا قصد الحفظ فهو قصد منعقد لدى ألامين دون غيره ، فهو يحفظ المال لمصلحة ماله و ليس لديه أية نية في الاستئثار بالمال استئثاراً يجعله معتدياً على مال الغير ، فقصد الحفظ يناقض قصد التملك ، إذ لا يمكن ان يجتمعان معاً في وقت واحد ، وبهذا القصد يترتب الأثر المتعلق بالضمان ، فصاحب قصد الحفظ ، هو صاحب ليد الأمانه و صاحب التملك هو صاحب ليد الضمان ، و صاحب اليد الأولى لا يضمن إلا بالتعدي ، أما صاحب اليد الثانية فيضمن وان لم يتعد.

قصد الحفظ هو قصد مدني حسن ، بعكس قصد التملك لدى غير المالك<sup>2</sup> ، فهو قصد سيئ محله العدوان على ملك الغير ، اللهم إلا إذا انعدمت صفة الملكية في المال ، أي كان المال مباحاً ، فيكون قصد التملك قصداً حسناً ، لان به تكسب الملكية بسبب من اسباب كسبها الا وهو الاستيلاء<sup>3</sup>

## المقصد الثاني

### مصادر الامانة

بالإستناد إلى القانون المدني العراقي يمكننا ان نقول ان مصادر الامانة هي ما يأتي :-

<sup>1</sup> لاحظ: استاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 ، ص 37.

<sup>2</sup> لاحظ: استاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، المرجع السابق ، ص 40

<sup>3</sup> نصت المادة (1098) مدني عراقي على انه (1- كل من احرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه ، 2- والاحراز يكون بوضع اليد حقيقة على الشيء كحصد الكلاء والاحتطاب من اشجار الجبال ، ويكون حكماً بتهيئة سبب الاحراز كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة للصيد)

## أولاً:- العقد :

نصت المادة (953) من القانون المدني العراقي على انه ( إذا كان الإيداع بأجرة ، فهلك الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ضمنها الوديع ). يتضح من هذه المادة ان الوديعة إذا ضاعت أو تلفت بسبب كان من الممكن على المودع لديه التحرز منه يضمن الوديع الوديعة . وكذلك نصت المادة (857) من القانون المدني العراقي<sup>1</sup> على ان (العارية امانة في يد المستعير فان هلك أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان ) بموجب هذه المادة تعد العارية عقد من عقود الامانة واليد عليها يد امانة فلا يلزم صاحب يد الامانة الضمان.

والإجارة ايضاً تعد من العقود التي تتضمن الامانة فالمأجور يعتبر امانة في يد المستأجر ويجب ان يبذل في الحفاظ على العين المؤجرة ما يبذله الرجل المعتاد في الحفاظ على ملكه وهذا ما جاء في القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (764) على انه ( 1- المأجور امانة في يد المستأجر . 2- واستعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعد فيضمن الضرر المتولد عنه ). واستعمال المأجور على خلاف المعتاد يعني استعمال غير مألوف أو غير مشروط أو تعسفاً ، فيكون متعدياً ضامناً لهلاك الشيء مثل ، ان يستخدم دار السكنى مصنعا او يزيد في الحمولة او يمتنع عن رد المأجور بعد انتهاء الإجارة ، فيتلف ، فيضمنه<sup>2</sup>.

وكذلك الوكالة تعد عقداً من عقود الامانة التي تتضمن معنى الامانة بموجب القانون العراقي<sup>3</sup> حيث نصت المادة (935) على انه ( المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون امانة في يده فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان ، وللموكل ان يطلب إثبات الهلاك).

وكذلك نصت المادة (909) من القانون المدني العراقي على أحكام عقد العمل والتزامات العامل حيث يجب على العامل : ( ان يحرص على حفظ الأشياء المسلمة اليه لتأدية عمله وهو أمين عليها ، فلا يضمن إلا بتعديه ).أذن يعد كل من الإيداع والوكالة وأموال رب العمل في يد العامل والعارية ، من العقود التي تتضمن معنى الامانة .

وعقود الامانة هي المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة ، وتعد من أهم مصادر الامانة .

<sup>1</sup> المادة (764) مدني اردني

<sup>2</sup> لاحظ: دكتور وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، دار الفكر المعاصر ، بيروت لبنان ، ط2 2008 ص 58



## ثانيا : - الإرادة المنفردة :

لقد نظم القانون المدني العراقي صورة للإرادة المنفردة كمصدر للأمانة فقد جاء في المادة (974) منه ( 1- اذا وجد شخص شيئا ضائعا فأخذه على سبيل التملك كان غاصبا ووجب عليه الضمان اذا هلك ولو بدون تعد 2- أما اذا أخذه على ان يرده لملكه كان امانة في يده ووجب تسليمه للمالك وفقا للإجراءات التي يقرها القانون) يتبين من الفقرة الثانية من هذه المادة انه اذا وجد الشخص مالا ضائعا فأخذه بقصد ان يرده إلى صاحبه كانت يده يد امانة فلا يضمن ولو تلف الشيء بدون تعد أو تقصير منه .

## ثالثا: - الوقائع المادية :

وايضا من المصادر الواردة في القانون المدني العراقي الوقائع المادية ، فكل واقعة مادية كالسيول والإمطار والرياح والزلازل والفيضانات ، اذا تسببت في نقل الأموال المملوكة إلى ملك الغير ، كانت تلك الأموال امانة عند من وقعت في ملكه ، مصدرها الوقائع المادية. ويضاف إلى هذه الوقائع أفعال الحيوانات المختلفة المملوكة منها وغير المملوكة ، فإذا أدخلت هذه الحيوانات الأموال المملوكة إلى ملك الغير ، كانت تلك الأموال امانة عند من وقع في ملكه أو في يده<sup>1</sup>.

## رابعا: - الاشتراك في الملك ( الملكية الشائعة):

نصت الفقرة الثالثة من المادة (1062) من القانون المدني العراقي على انه ( وحصة كل شريك امانة في يد الآخر ، فإذا أتلّفها بتعديه ضمن ).ونقصد بالملكية الشائعة ان يملك شخصان أو أكثر مالا لم تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع ويفترض في حصصهم التساوي ما لم يقر الدليل على غير ذلك.ولا شك ان الملكية الشائعة هي حق ملكية ، فهي تشمل على جميع عناصر الملكية وللمالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف لحصته الشائعة ، فالملكية الشائعة هي وسط بين الملكية المفردة والملكية المشتركة ( الجماعية )<sup>2</sup> وقد ذهب أيضا الفقهاء المسلمون ان كل مالك على الشيوع اذا وضع يده على جزء من المال تكون حصة باقي الملاك في هذا الجزء من المال امانة عنده<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> لاحظ:دكتورة ليلى عبدالله سعيد ، الامانة في المعاملات المالية ، المرجع السابق ، ص 11

<sup>2</sup> لاحظ:جمعه سعدون الربيعي ، احكام ازالة الشيوع ، بغداد ، سنة 1989 ص 7

<sup>3</sup> لاحظ: د. جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 31 . د.محمود عبد الرحمن محمد ، استعمال وإدارة المال الشائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ( بدون ذكر سنة نشر ) ، ص 12 . د.وليد نجيب القسوس ، إدارة وإزالة المال الشائع ، مطبعة الجامعة الأردنية ، عمان ، 1993 ، ص 94.

## المطلب الثاني

### ماهية الخيانة

سنحاول في هذا المطلب توضيح ماهية الخيانة من خلال تعريفها وتحديد عناصرها وهذا يتطلب ان نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نخصص الفرع الأول لتعريف الخيانة والثاني لعناصرها .

### الفرع الأول

#### تعريف الخيانة

من اجل ان نحدد تعريف الخيانة سوف نتعرض لتعريفها اللغوي والاصطلاحي.

فالخيانة لغة : مخالفة الحق بنقض العهد في السر . ونقيض الخيانة ، الامانة ، يقال خنت فلانا ، وخنت امانة فلان ، وعلى ذلك قوله تعالى (( لا تخونوا الله والرسول وتخونوا اماناتكم ))<sup>1</sup> وقوله تعالى (( ضرب الله مثلا للذين كفروا امرأة نوح وامرأة لوط كانتا تحت عبدين من عبادنا صالحين فخانتاهما ))<sup>2</sup> وقوله تعالى : (( ولا تزال تطلع على خائنة منهم ))<sup>3</sup> أي : على جماعة خائنة منهم ، وقيل : على رجل خائن يقال رجل خائن ، وخائنة نحو : راوية وداهية<sup>4</sup>.

اما اصطلاحا فان المشتري في عقود الامانة ( المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة ) يضع ثقته في البائع من خلال إخباره بثمن المبيع موضوع البيع وان أي كذب في إعلام المشتري بهذا الثمن زيادة أو نقصانا تعتبر خيانة وهذا الإخلال بالثقة والكذب يشبه الإخلال الذي يحصل في الإخلال العقدي ونعني به الخطأ إذن الخيانة هي خطأ عقدي ناتج عن إخلال بالثقة الذي يمنحها المشتري للبائع الأمين الملتزم بإعلام المتعاقد الآخر بكافة معلومات عن المبيع وقت شرائه .

فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه عن عمد أو أهمال كان مسؤولا عن خطئه التعاقدي ، فما هو الخطأ التعاقدي ؟

هناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ غير العمد إلى ثلاثة أقسام ، خطأ جسيم وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل ، وهو اقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به ، وخطأ يسير وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد وخطأ تافه وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص<sup>5</sup> ، ولكن هذه النظرية لم يعد لها محل في نطاق المسؤولية العقدية<sup>6</sup>

<sup>1</sup> سورة الانفال ، الآية (27)

<sup>2</sup> سورة التحريم ، الآية (10)

<sup>3</sup> سورة المائدة ، الآية (13)

<sup>4</sup> لاحظ: العلامة راغب لاصفهانى ، مفردات الفاظ القرآن ، مرجع سابق ، ص 305

<sup>5</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ج2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، سنة 1998 ، ط 2 الجديدة ، ص 954

<sup>6</sup> لاحظ: حسن علي الذنون ، المبسوط ، الخطأ ، ج2 ، بغداد ، 2000 ، ص 112

ولكي نعرف الخطأ العقدي ومتى يعتبر المدين مخطئاً يجب ان نعرف الفرق بين نوعين من الالتزامات: الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية ، فهناك الالتزام بالتنفيذ لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام فالالتزام بنقل حق عيني . أياً كان محل الحق - والالتزام بعمل معين - تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك - والالتزام بالامتناع عن عمل معين كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة ، هي نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل ، فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية . فإذا لم تتحقق الغاية . أياً كان السبب في ذلك - بقى الالتزام غير منفذ ، وقد أستخدم على تسمية هذا النوع من الالتزام (الالتزام بتحقيق غاية)<sup>1</sup> وهناك الالتزام ببذل غاية اذ يعد فيه المدين قد اخل بتنفيذ التزامه إذا لم يبذل في تنفيذه العناية اللازمة . مثال ذلك الطبيب الذي يلتزم بمعالجة المريض والمحامي الذي يلتزم بالسير في الدعوى ، فإذا لم يبذل الطبيب العناية اللازمة في معالجة المريض ، أو لم يبذل المحامي العناية اللازمة للسير في الدعوى فانهما يعتبران مخرين بتنفيذ التزامهما وتنقرر مسؤوليتهما العقدية<sup>2</sup> وعلى هذا نص القانون المدني العراقي<sup>3</sup> في المادة (1/251) على ان (في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء أو ان يقوم بإدارته أو كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود ) . وان الخيانة أي الإخلال بالنقطة تدرج تحت النوع الأول من الالتزامات حيث يجب على الشخص الأمين ان يعلم الطرف المقابل بكافة المعلومات عن المبيع والتمن وهو الالتزام بتحقيق غاية وإذا لم يفعل ذلك فانه يعتبر مخرلاً بالتزامه العقدي ويسال مسؤولية عقدية عن هذا الإخلال .

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المجلد الثاني ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان 2000 ، الطبعة الثالثة الجديدة ، ص 737

<sup>2</sup> لاحظ: عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزام ، دار الكتب ، بغداد ، 1982 ، ص 165

<sup>3</sup> المادة ( 1 / 814 ) مدني اردني

## الفرع الثاني

### عناصر الخيانة

سبق ووضحنا ان الخيانة تعد خطأ عقدياً ناتجاً من إخلال الشخص الأمين بتنفيذ التزامه العقدي الذي هو إخبار المتعاقد الآخر بكافة المعلومات عن الثمن والمبيع ، وعلى هذا يمكن ان نذكر عناصر الخطأ على انها عناصر الخيانة .

ان للخطأ عنصران . عنصر مادي وعنصر معنوي .

#### أولاً : العنصر المادي : الإخلال أو التعدي :

ونقصد بالتعدي في الخيانة التي تحصل في عقود الامانة التعدي على الثقة التي يمنحها المتعاقد لشخص الأمين فبمجرد عدم إخبار المتعاقد الآخر بالمعلومات الحقيقية عن الثمن والمبيع يعد تعدياً على الثقة التي منحها الشخص للأمين لان المهم هنا الصدق والامانة في الإدلاء بالمعلومات وان عدم الإدلاء بالمعلومات الضرورية تعتبر نقضا للامانة التي هي الركيزة التي تبنى عليها عقود الامانة .

إن الإخلال يحصل نتيجة الانحراف في السلوك سواء كان الانحراف متعمداً أو غير متعمد والانحراف المتعمد هو ما يقترن بقصد الإضرار بالغير أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال وتقصير ويستعان عادة بمعيار موضوعي لتحديد التعدي أو لضبط الانحراف وليس بمعيار شخصي<sup>1</sup> ، حيث اننا نقيس سلوك الشخص الذي يراد نسبة الخطأ إليه بسلوك شخص عادي مثله نضعه في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بهذا الشخص ثم نتساءل عن الطريقة التي كان يسلكها هذا الرجل العادي وخلاصة الموضوع ان بيع الامانة تعتمد على صدق البائع في إخباره عن حقيقة الثمن الذي قام به المبيع والمشتري انما يطمئن إلى هذا الأخبار ويقدم على الشراء على أساسه فهو إما ان يشتري الشيء من البائع بالثمن الذي قام به عليه مع إضافة شيء من الربح إلى الثمن الأصلي ويسمى البيع في هذه الحالة مرابحة وأما ان يشتريه بالثمن الذي قام به عليه مع انقاص شيء من هذا الثمن ويسمى البيع في هذه الحالة وضیعة أو مواضعه وأما ان يشتريه بالثمن الذي قام به على البائع بدون زيادة ولا نقصان ، ويسمى في هذه الحالة تولية وإما ان يشارك المشتري البائع في جزء من المبيع بما يقابله من الثمن ويسمى هذه الحالة إشراكاً ، ففي هذه الصور جميعاً انما يقدم المشتري على الشراء بعد ان يقدر الأمور على ضوء الثمن الذي يخبره به البائع<sup>2</sup> فإذا كذب البائع في شيء من ذلك اعتبر ذلك منه خيانة والخيانة هي نوع من التغرير والغش<sup>1</sup>

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص 215

<sup>2</sup> لاحظ: عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ج1 ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، سنة 1967 ، ص 324

## ثانيا : العنصر المعنوي (الإدراك):

يقصد به ان يكون الفاعل الذي وقع الضرر منه ( مدركا ) لعمله ، وبعبارة أخرى ان يكون الفاعل مدركا لخطاب الشارع بنهيهِ عن الإضرار بالغير إضرارا غير مشروع ، فأحكام المسؤولية المدنية أحكام ( تكليفية ) على حد تعتبر علماء الأصول وفي مثل هذه الأحكام لابد من ان يكون المخاطب من الذين يستطيعون فهم خطاب الشارع<sup>2</sup> أي ان الإدراك مرتبط بالتمييز فإذا كان الشخص غير مميز أي غير مدرك لما يقوم به فهو غير مسؤول عن فعله حتى لو تعدى بهذا الفعل .

وعديم التمييز هم الطفل الصغير الذي لم يكمل السابعة من عمره وأولئك الذين أصيبوا بأمراض ذهبت بقواهم العقلية وأفقدتهم القدرة على تقدير ما يصدر عنهم من أفعال . ولما كان الصبي غير المميز متمتع بأهلية الوجوب فقط وقادر على كسب كل الحقوق وقادرا على ان تترتب في ذمته بعض الالتزامات ولو بواسطة نائب عنه ، أما أهلية الأداء فتبقى معدومة فالشخص في هذا السن لا تتوافر فيه حتى أهلية الأعتناء فلا يستطيع قبول هبة أو إبراء أو نحو ذلك<sup>3</sup> . إذن الشخص غير المميز أصلا لا يملك الأهلية اللازمة لإبرام العقود حتى يكون مسؤولا إذا قام بالخيانة في العقود فالأهلية تدور مع التمييز وجودا أو عدما فإذا انعدمت الأهلية انعدم التمييز وبالتالي انعدم الخطأ أي تنعدم الخيانة والإخلال بالثقة .

## المبحث الثاني

### ماهية التغيرير والكتمان

لقد عد القانون المدني الكتمان صورة للتغيرير ، لكنه صورة خاصة ، عليه سوف نتكلم أولا عن ماهية التغيرير ، في المطلب الاول ، ثم نخصص المطلب الثاني لماهية الكتمان .

### المطلب الأول

#### ماهية التغيرير

لكي نوضح ماهية التغيرير يجب ان نبين تعريفه وعناصره وهذا ما سنبحثه في الفرعين الآتيين ، نبين في الفرع الاول تعريف التغيرير وفي الفرع الثاني عناصر التغيرير .

1 لاحظ: المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

3 لاحظ: د. حسن علي الذنون ، مرجع سابق ، ص 128

3 لاحظ: د. عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد . ج 1 ، المرجع السابق ، ص 324

## الفرع الأول

### تعريف التغير

من أجل ان نحدد تعريف التغير يجب ان نعرفه لغة واصطلاحاً

التغير ، لغة ، يأتي من الفعل غرر : غره يغره غراً وغروراً وغيره ، الأخيرة عن اللحياني ، فهو مغرور وغرير : خدعه وأطمعه بالباطل<sup>1</sup> غر الشيء يغره غراً أو غراره ، تصاب بعد حنكة<sup>2</sup>.

غرر : يقال : غررت فلاناً : أصبت غرته ونلت منه ما أريد ، والغرة : غفلة في اليقظة ، والغرار : غفلة مع غفوة ، واصل ذلك من الغرة ، وهو الاثر الظاهر من الشيء ، ومنه : غرة الفرس . وقرار السيف أي : حده ، وقر الثوب : أثر كسره .

وعالج التقنين المدني العراقي هذا العيب من عيوب الرضا في المواد (121-124) ومن مراجعة هذه المواد نجد ان المشرع العراقي يشترط لتوقف العقد اجتماع التغير مع الغبن . فهو لا يعتبر التغير عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة ، وهو لا يعتبر الغبن ولو كان فاحشاً من عيوب الإرادة وإنما يعتبره عيباً في الرضا يؤدي إلى وقف العقد في حالات معينة حددتها المادة (124) ، وهذه السياسة من جانب المشرع العراقي متأثرة بالفقه الإسلامي حيث يشترط هذا الفقه لتوقف العقد اجتماع التغير مع الغبن الفاحش والقانون المدني العراقي يجعل من التغير (التغير في القانون العراقي) عيباً مستقلاً يكون العقد معه قابلاً للأبطال<sup>3</sup>. والتغير في باب المعاملات هو إيهام الشخص بما يرغبه في التعاقد وأغلب ما يكون التغير في البيع<sup>4</sup>. ويستعمل الفقهاء أحياناً كلمة (التدليس) للدلالة على التغير وهو استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد ، فالتدليس ليس هو العيب الذي يعيب الإرادة ولكنه الغلط الذي يثيره التدليس في ذهن المتعاقد في دفعه إلى التعاقد.

والتغير نوعان فعلي وقولي ، يكون التغير الفعلي بفعل من المتعاقد في المعقود عليه يظهره بأحسن مما هو على حقيقته ، في دفع ذلك المتعاقد الآخر إلى التعاقد تحت تأثير هذا المظهر غير الصحيح الذي أسبغه صاحب السلعة على سلعته<sup>5</sup> والتغير القولي يكون بالقول أي بمجرد الكذب ، والكذب المكون للتغير قد يكون بإعطاء بيانات كاذبة في عقود تقوم في أساسها على صحة هذه البيانات ، وهذه هي أنواع من البيع يسميها البعض (بيوعات الأمانة)<sup>6</sup> حيث يسميه الشافعية بالرهن المعاد أو بيع الوفاء.

<sup>1</sup> لاحظ: العلامة ابن المنصور ، لسان العرب ، ج 10 ، المرجع السابق ص 41

<sup>2</sup> لاحظ: بطرس البستاني ، محيط المحيط ، المرجع السابق ص 655

<sup>3</sup> لاحظ: د. مالك دوهان الحسن ، مصادر الالتزام ، ص 338

<sup>4</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مرجع سابق ، ص 319

<sup>5</sup> لاحظ: عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، المرجع السابق ص 320

<sup>6</sup> لاحظ: المرجع السابق ص 323

## الفرع الثاني

### شروط التغيرير

نص القانون المدني العراقي<sup>1</sup> في المادة (121) منه على ان (أذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على أجازة العاقد المغبون ، فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغيرير لورثته)

وكذلك نصت<sup>2</sup> المادة (122) على انه (أذا صدر التغيرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغيرير وقت إبرام العقد). يتبين من هذين النصين انه يجب توافر الشروط الأربعة التالية لكي يتوقف العقد بالتغيرير والغبن الفاحش.

- 1- الشرط الأول : استعمال طرق احتيالية .
  - 2- الشرط الثاني : ان يكون التغيرير هو الدافع إلى التعاقد.
  - 3- الشرط الثالث : صدور التغيرير من المتعاقد الآخر أو ان يكون على علم به إذا صدر من الغير .
  - 4- الشرط الرابع : ان يقترن التغيرير بغبن فاحش.
- وفيما يأتي نتناول كل شرط في مقصد مستقل :-

<sup>1</sup> مادة (145) مدني اردني

<sup>2</sup> مادة (148) مدني اردني

## المقصد الأول

### استعمال طرق احتيالية

يتحلل هذا الشرط إلى عنصرين : عنصر مادي وهو الطرق أو الوسائل الاحتيالية وعنصر معنوي وهو نية التضليل للوصول لغرض غير مشروع<sup>1</sup>.

#### أولا / العنصر المادي :

هو مجموعة الأفعال التدليسية أو الاحتيالية غير المشروعة الصادرة من الشخص ويقصد بذلك السلوك المنافي للأخلاق بما يتجاوز المألوف في التعامل وقد يكون ذلك جريمة الاحتيال ، كما لو انتحل احد العاقدين اسما أو صفة كاذبة أو اصطنع الشخص عقودا أو مستندات مزورة بقصد دفع المتعاقدين الآخر إلى التعاقد<sup>2</sup> والحيل المستعملة لحمل الناس على القيام بالإعمال القانونية كثيرة ومتنوعة ولا يمكن حصرها . وهي تختلف باختلاف الناس واختلاف الخادع والمخدوع ، ذاك بحسب دهائه وهذا بحسب ذكائه وغبائه. فأذن يجب ان ينظر إلى كل حالة على حدة وان يبحث فيها عن توافر نية التضليل ، فإذا توافرت هذه النية حكمنا بتحقيق التغيرير وألا فلا تغيرير .

والطرق الاحتيالية يجب ان تكون كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ، والمعيار هنا معيار ذاتي ومن أمثلة الطرق الاحتيالية حالة التجمعات والشركات التي تتخذ لنفسها من مظاهر الاعلان مالا يتفق مع حقيقتها أو الأشخاص الذين يظهرون بمظهر اليسار أو يتخذون لانفسهم صفات منتحلة ، كما قلنا سابقا ، أو ان يتقدم الشخص غير المؤمن عليه لشركة تأمين للكشف الطبي عليه<sup>3</sup>. وإذا كان التغيرير انما يتم عن طريق الكذب المصحوب بالحيل والمناورات لحمل الشخص على التعاقد ، فان مجرد المبالغة في إطرء السلعة ولو وصلت إلى حد الكذب لا يكفي لتحقيق التدليس ، فقد جرت العادة على ان يروج التاجر لسلعته بالدعاية لها بمختلف الصور كالاعلان في الصحف ودور السينما والإذاعة والتلفزيون وإصدار منشورات خاصة وتوزيعها على البيوت وعلى المارين في الشوارع منتحلا لها في كل ذلك أحسن الأوصاف ، زاعما انها أحسن من جميع السلع الموجودة عند غيره من التجار وان أسعاره لا تقبل المزاومة ، الخ ...

وهذا النوع من الدعاية لا يعد تدليسا لانه أصبح مألوفا في الحياة اليومية منذ زمن بعيد وليس من شأنه ان يخدع الناس حتى لو قصد به ذلك ، ويسمي الفقهاء الرومان هذا النوع من التدليس بالتدليس المتساهل فيه أو التدليس المقبول أو الحسن وهو جائز كذلك في القانون الرماني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> لاحظ: الاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، المرجع السابق ص88

<sup>2</sup> لاحظ: دكتور احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد. منشأة المعارف الاسكندرية سنة 2006 ص105

<sup>3</sup> لاحظ: عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في قانون المدني العراقي ، المرجع السابق ص88

<sup>4</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، المرجع السابق ص300



وقد يكون الكذب كافيا للتدليس مادام هذا الكذب قد البس على المتعاقد وجه الحق فدفعه إلى التعاقد غشا وتضليلا<sup>1</sup>.

وفي هذه الحالة تراعى حالة المتعاقد الذي وقع تحت تأثير التدليس ، لمعرفة مقدار تأثيره به ، مثال ذلك ان يقنع بائع سيارات احد عملائه بان سيارته غير صالحة للاستعمال أو لا يمكن إصلاحها فيحمله بذلك على شراء سيارة أخرى ، في هذا المثل اوجد المدلس لدى المدلس عليه الرغبة في التعاقد بالتأثير على أرائته بالحيلة والخداع<sup>2</sup>.

ويشترط ان يكون وقوع المتعاقد في الغلط الناتج عن الكذب غير راجع إلى سذاجة منه حيث يجب ان يبذل جهدا مناسباً للتحري عن الحقيقة ويتوقف ذلك على ظروفه الشخصية كعمره ومستوى تعليمه واحترافه الفني فضلا عن الظروف الخاصة بالعقد الآخر الصادر عنه الكذب من حيث التمييز بصفات خاصة من شأنها ان يحمل المتعاقد الآخر على صدقه فيما يصدر عنه من أقوال<sup>3</sup>.

### ثانيا / العنصر المعنوي:

أو ما يسمى العنصر القصدي ، يشترط ان يكون مرتكب التغيرير قد تصرف وهو على بيئة من أمره وبعبارة أخرى ان يكون سيء النية ويتحقق سوء النية لدى مرتكب التغيرير إذا قصد استعمال حيل للوصول إلى غرض غير مشروع 4 أما إذا كان الغرض من استعمال هذه الوسائل مشروعاً فلا يتحقق التغيرير حيث ان المبالغة في إطرء السلعة لا يعد تغريراً ولو بلغ حد الكذب كما قلنا سابقاً وكذلك لا يعد تغريراً عرض البضاعة بصورة جذابة ومغرية ولو دفع الناس إلى شرائها لان القصد من ذلك لم يكن تضليل الناس بل استهوائهم حتى يرغبوا في الشراء ولكن هذا لا يمنع من وقوع المتعاقد الآخر في الغلط ويكون العقد عندئذ موقوفاً للغلط إذا توافرت شروطه ، ومثال عدم توافر القصد غير المشروع كذلك ما إذا بالغ المؤمن له في قيمة الشيء المؤمن عليه عن حسن نية فانه لا يرتكب تغريراً ولا يكون عقد التأمين باطلاً لهذا السبب 5 وقد توجد نية التضليل ، ولكن الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروع مثال ذلك ان يكون لشخص على آخر دين وليس لديه بيئة ، فيستعمل كل الحيل الممكنة ليحصل منه على الإقرار بالدين ، في هذه الحالة لا يستطيع المدين الرجوع عن الإقرار الذي أعطاه بالرغم من استعمال التدليس للحصول على هذا الإقرار وذلك لان الغرض الذي قصد المغرر الوصول إليه كان مشروعاً ألا وهو الوصول إلى حقه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، سنة 1998 ص 148

<sup>2</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 301

<sup>3</sup> لاحظ: د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد. المرجع السابق ص 106

<sup>4</sup> لاحظ: د. مالك دوهان الحسن ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 340

<sup>5</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 307

<sup>6</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام المرجع السابق ، ص 158

## المقصد الثاني

### ان يكون التغيرير هو الدافع إلى التعاقد.

لا يكفي لتحقيق التغيرير مجرد استعمال الحيل لتضليل المتعاقد بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، بل يجب ان تكون الحالة النفسية التي ولدتها هذه الحيل هي التي دفعت الشخص إلى قبول التعاقد<sup>1</sup> بحيث لو علم به ضحيته لما أقدم على إبرام العقد والأصل ان الغش لا يفترض لذلك يقع عبء إثباته على المخدوع ولما كان التغيرير واقعة مادية لذا جاز إثباته بكل طرق الإثبات ، ومحكمة الموضوع هي التي تثبت في وجود أو عدم وجود التغيرير وفي مدى أثره في نفس العاقد المخدوع ولا تخضع في ذلك إلى رقابة محكمة التمييز ، ولكن من حق محكمة التمييز ان تراقب التكيف القانوني للوقائع التي تضمنها قرار محكمة الموضوع<sup>2</sup> فالمعيار - كما في كل عيوب الإرادة - معيار شخصي ، يؤخذ فيه بحالة المتعاقد الشخصية بحسب جنسه وسنه وحظه من الثقافة والتجربة<sup>3</sup>.

ويميز الفقهاء<sup>4</sup> بين التغيرير الدافع وهو ما رأيناه فيما تقدم ، والتغيرير غير الدافع وهو الذي لا يحمل على التعاقد بل يغري بقبول شروط أبهظ ويؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي الذي يجب توافره في العقد وهذا النوع من التدليس لا يبطل العقد لانه ليس هو الذي دفع إلى التعاقد ، ولان المتعاقد الذي تعاقد تحت تأثيره ما كان ليحجم عن التعاقد ، حتى لو لم يستعمل هذا النوع من التدليس ، ويقتصر الأمر في هذه الحالة على أعطاء المتعاقد ضحية التدليس ، الحق في رفع دعوى التعويض يسترد بها الزيادة التي دفعها بسبب التدليس ، مثال ذلك ان يبرز بائع العقار للمشتري عقود إيجار صوريه ليوهمه ان ريع العقار مرتفع فيدفع فيه ثمنا مرتفعا ، ومثال ذلك أيضا ان يذكر صاحب مصنع لمن يريد ان يشتري المصنع تقديرا مبالغا فيه للقوة المحركة للمصنع ، فيدفع المشتري ثمنا اكبر من ثمن المصنع الحقيقي ، في هذه الأمثلة إذا حمل البائع بتدليسه المشتري على دفع ثمن مرتفع ، كان للمشتري ان يطلب تعويضا من البائع ، يتمثل في الزيادة التي دفعها في الثمن ، والتي ما كان ليدفعها لو علم بحقيقة الأمر ، والمسؤولية هنا تقصيرية تقوم على الخطأ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص308

<sup>2</sup> لاحظ: د. مالك دوهان الحسن ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص346

<sup>3</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ف القانون المدني العراقي ، المرجع السابق ص90

<sup>4</sup> لاحظ: كل من : د. سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ( بدون ذكر سنة نشر ) ، ص59. د. مصطفى الجمال ود. رمضان أبو السعود ود. نبيل إبراهيم سعد ، مصادر وأحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص118. د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 ، ص157.

<sup>5</sup> لاحظ: عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 158-159

### المقصد الثالث

صدور التغير من المتعاقد الآخر أو ان يكون على علم به إذا صدر من الغير .  
نصت المادة (122) من القانون المدني العراقي على انه ( إذا صدر التغير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد ألا إذا ثبت للعائد المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغير وقت أبرام العقد ) .

الأصل ان التغير يقع من احد المتعاقدين أو من نائبه ، ولكن قد يقع التغير من الغير ولئن كان التغير الصادر من الغير يعيب رضا العائد المغرور ، ألا ان التمسك به يؤدي إلى الإضرار بالعائد الآخر الذي سيفاجأ بطلب نقض العقد لتغير لم يصدر منه ، وللتوفيق بين مصلحة العائد المغرور وحرصا على استقرار التعامل فان القانون المدني يجعل العقد موقوفا إذا صدر التغير من احد المتعاقدين أو صدر من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم أو من المفروض حتما ان يعلم بهذا التغير<sup>1</sup> ومن أمثلة التغير الصادر من الغير ان يدير الدلال عداد السيارة المعد للبيع ليخفي على المشتري عددا كبيرا من الكيلومترات التي كانت قد قطعها السيارة ، ففي هذا المثال يقع التغير من الغير ويكون البائع عالما به أو في وسعه ان يعلم به ونصت المادة (123) من القانون المدني العراقي<sup>2</sup> على انه ( يرجع العائد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير و أصابه غبن فاحش وكان التغير لا يعلم به العائد الآخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم ب هاو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن او هلك او حدث فيه عيب او تغيير جوهري ويكون العقد نافذا في جميع هذه الاحوال .

### المقصد الرابع

#### ان يقترن التغير بغبن فاحش.

وعلى هذا الشرط نصت المادة (121) من القانون المدني العراقي (إذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على أجازة العائد المغبون ... ) بما معناه انه لا يكفي لتوقف العقد في القانون العراقي ان يوجد التغير وان يصدر من المتعاقد أو من أجنبي وان يكون دافعا ، وانما يجب فوق كل ذلك ، ان يقترن التغير بغبن فاحش ، فإذا وجد التغير دون ان يترتب عليه غبن فاحش فلا يتوقف العقد ، وكذلك الأمر إذا وجد التغير مع الغبن وكان هذا الغبن يسيرا<sup>3</sup> .

حيث نصت المادة (124) من القانون المدني العراقي على انه ( مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغير). على ان القانون المدني العراقي استثنى حالات معينة من

<sup>1</sup> لاحظ : د. سمير عبد السيد تناعو ، مرجع سابق ، ص 59. د. مصطفى الجمال ود. رمضان أبو السعود ود. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 118.

<sup>2</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون مرجع سابق ، ص 40

<sup>3</sup> لاحظ: د. مالك دوهان الحسن ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 346

القاعدة السابقة واعتبر مجرد الغبن كافيا لجعل العقد باطلا ، ولو لم يصحبه تغيير ، وهذه الحالات هي التي يكون المغبون فيها محجورا أو وقفا أو مال دولة ، والحكمة من ذلك هي ان هؤلاء الأشخاص لا يستطيعون الدفاع عن انفسهم في العقود التي تبرم في مصلحتهم فيطمع فيهم الطامعون عادة ، والجزاء الذي فرضه في هذه الاحوال اشد من التوقف ، فقد عد العقد باطلا لا موقوفا وتأكيذا لذلك نصت المادة (2/124) من القانون المدني العراقي على انه ( اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال دولة أو الوقف فان العقد يكون باطلا ) .

ويقضي القانون بعدم الاعتداد بالغبن الفاحش في العقود التي تتم بطريق المزاد العلني ، وعلى ذلك لا يجوز الطعن بالغبن الفاحش في العقود التي تتم بالمزاد العلني حتى لو كان الغبن الفاحش في مال محجور أو وقف أو في مال دولة ويرجع ذلك إلى ان المزايدة تقتضي بطبيعتها المنافسة وبالتالي يكون الغبن الناجم عنها مشروعا<sup>1</sup> والمسألة الهامة هنا هي معرفة المقصود بالغبن ومتى يكون فاحشا ؟ .

يعرف الغبن بانه عدم تعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه أو بانه الضرر المادي الذي يقع على احد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه وما يعطيه .

ومن التعريف المتقدم يمكننا استخلاص الملاحظات التالية :-

1 - لا يتصور الغبن ألا في عقود المعاوضات المحددة ، فعقود التبرع لا محل للكلام فيها على الغبن إذ ان احد المتعاقدين يعطي فيها ولا يأخذ والآخر يأخذ ولا يعطي ، أما العقود الاحتمالية فتقوم بطبيعتها على الاختلال المحتمل بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه .

2- لمعرفة وجود الغبن ينظر إلى التعادل بين التزامات الطرفين عند أبرام العقد فإذا كان هذا التعادل موجودا في هذا الوقت ثم اختل بعد ذلك فلا غبن .

3- لا يمكن الاحتراز من الغبن في المعاملات ، فيندر ان تجد في عقد معاوضة تعادلا تاما بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يحصل عليه ، لذلك لا بد من التسامح فيه إلى حد ما ، وهذا ما يقول به الفقهاء المسلمون وهم يقسمون الغبن إلى قسمين ، غبن فاحش لا يتسامح فيه وغبن يسير يتسامح فيه<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> لاحظ: : المرجع السابق نفسه ، ص 349

<sup>2</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 341 - 342

## المطلب الثاني

### ماهية الكتمان

تتضح ماهية الكتمان من خلال تعريفه ومدى ارتباطه بالتغريب ولذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نبحث في الفرع الأول تعريف الكتمان وفي الفرع الثاني كيفية وقوع التغريب بالكتمان .

### الفرع الاول

#### تعريف الكتمان

من اجل ان نحدد تعريف الكتمان سوف نعرض لمعناه اللغوي والاصطلاحي فيما يلي :

الكتمان : في اللغة نقيض الاعلان ، كتم الشيء يكتمه كتما وكتمانا واكتمه وكتمه<sup>1</sup> ، كتم الشيء يكتمه كتما وكتمانا إخفاءه وسره وبما عدّي إلى مفعولين ثقيلة كتم زيد الحديث<sup>2</sup> كتمانا بالكسر و ( اكتمه ) وسر ( كاتم ) أي مكتوم ( مكتم ) بالتشديد بلغ في كتمانته و ( استكتمته ) سره ساله ان يكتمه ( وكاتمته ) سره ورجل اكتمه بوزن همزة اذا كان يكتم سره<sup>3</sup> . كتم:- الكتمان : ستر الحديث ، يقال : كتمه كتما وكتمانا . قال تعالى : ( ومن اظلم ممن كتم شهادة عنده من الله )<sup>4</sup> .

اما اصطلاحا فقد نصت المادة (1/121) من القانون المدني العراقي على انه (ويعتبر تغريرا عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراجعة والتولية والاشراك والوضعية ) ان مصطلح عدم البيان تعني الكتمان او إخفاء أمر من أمور له أهميته في التعاقد ، ففي عقود الامانة التي تكون فيها الامانة بالاخبار بالثمن الحقيقي للمبيع أمرا مهما وان حصل الغش او اخفاء في هذا الأمر تعد خيانة واخلالا بالثقة.اذن الكتمان هو اخفاء أمر من أمور تكون له أهميته في التعاقد بحيث انه لو علم المشتري به لما كان ابرم العقد . والكتمان يعد عملا سلبيا محضا فلا يتضمن طرقا احتيالية قائمة بذاتها بل ولا مجرد تأكيدات صحيحة ، وهذه اعمال ايجابية ، والأصل ان الكتمان لا يكون تدليسا أو تغريرا والمتعاقد ليس ملزم بان يخبر المتعاقد الآخر بكل أمر يعرفه عن شؤون التعاقد ، فيجب على المتعاقد الآخر ان يكون حذرا حتى يكشف بنفسه ما تهمه معرفته من هذه الشؤون.

<sup>1</sup> لاحظ: العلامة ابن منظور ، لسان العرب المرجع السابق ، ص30

<sup>2</sup> لاحظ: بطرس البستاني ، محيط المحيط ، المرجع السابق ، ص 770

<sup>3</sup> لاحظ: محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، الصحاح ، المرجع السابق ص 563

<sup>4</sup> سورة البقرة ، الاية (140)

## الفرع الثاني

### كيفية وقوع التغيرير بالكتمان

وقد يكون مجرد السكوت وكتمان أمر من الأمور كافيا لتحقيق التغيرير فإذا كان هناك أمر من الأمور يجب بيانه ، فيجب إطلاع المتعاقد الآخر عليه ، لان اطلّاعه عليه يؤثر في رضائه وقبوله الدخول في الرابطة التعاقدية بحيث لو علم به لما أقدم على التعاقد ، في مثل هذه الحالة على المتعاقد ان يخبر المتعاقد الآخر بهذا الأمر ، وإذا كتّمه عنه عد ذلك تغريرا منه ، ومن ذلك ما تقضي به المادة (987) من القانون المدني العراقي من انه (يجوز للمؤمن ان يطلب فسخ العقد إذا تعمد المؤمن له كتمان أمر أو قدم عن عمد بيانا كاذبا وكان من وراء ذلك ان يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن). والأصل ان الكتمان لا يكون تغريرا ، ذلك لان طبيعة المعاملات تقضي بعدم اطلع الشخص غيره على أسرارها ، فلا يجوز ان نتطلب في -جميع الأحوال- من احد المتعاقدين ان يكشف للمتعاقد الآخر جميع الظروف التي دفعت أردته إلى ان تتخذ قرارا معيناً لان المتعاقد الآخر هو المسؤول عن الدفاع عن مصالحه<sup>1</sup>

ولكن السكوت حيث يجب الكلام يأخذه القانون بنظر الاعتبار ، ويرتب عليه أثارا قانونية . وهذا النوع من السكوت يسمى بالكتمان<sup>2</sup> ، فقد تكون هناك أحوالا يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان في هذه الحالة يلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء وعدم كتمانها ، فان لم يفعل عد ذلك منه تغريرا ، وقد يكون مصدر الالتزام بعدم الكتمان الاتفاق الصريح ، كما قد يكون مصدره القانون<sup>3</sup> . ونصت المادة (121) من القانون المدني العراقي على واجب البيان في عقود الامانة على ( ويعتبر تغريرا عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة).

فلو كذب العاقد في الثمن الذي اشترى به المعقود عليه ، كان هذا تغريرا سواء لجأ في تأييد الكذب إلى طرق احتيالية أو لم يلجأ<sup>4</sup>. وفي غير بيوعات الامانة ، إذا أخفى البائع عيبا في المبيع كان ذلك كتماناً يعطي المشتري حق فسخ البيع ، ويسمى هذا الإخفاء أو الكتمان بالتدليس فيقولون بان البائع قد دلس العيب على المشتري أو يسمى غشا كالتعرية<sup>5</sup>. والكتمان يكون تدليسا اذا توافرت الشروط الاتية في الأمر التي بقا مكتوما : 1- ان يكون هذا الأمر خطيرا بحيث تؤثر في ارادة المتعاقد الآخر الذي يجهله تأثيرا جوهريا 2- ان يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره 3- ان يعتمد كتّمه عن المتعاقد الاول 4- الا يعرفه المتعاقد الاول من طريق آخر<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> لاحظ: د. مالك دوهان الحسن ، مصادر الالتزام ص342

<sup>2</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد. المرجع السابق ، ص 303

<sup>3</sup> لاحظ: د. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ص 342-343

<sup>4</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، المرجع السابق ص 89

<sup>5</sup> لاحظ: د. سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 61. د. مصطفى الجمال ود. رمضان أبو السعود ود. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 120.

<sup>6</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد. المرجع السابق ، ص 397

## الفصل الثاني

### عقود الأمانة والتزامات الأمين فيها

## الفصل الثاني

### عقود الامانة والتزامات الامين فيها

تنقسم العقود من حيث تنظيم المشرع لها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة ، ولا يوجد فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، من حيث انهما ينعقدان بمجرد رضا المتعاقدين (إلا في العقود الشكلية والعينية ) ولما كان المشرع لا يزال يخص بعض العقود بأسم معين فما ذلك إلا لاعتبار عملي محض ، وذلك ان العقد المسمى هو عقد كثير الشيوخ بين الناس في معاملاتهم فرأى المشرع ان يخصه بنصوص تفصل إحكامه تسهيلا للأمر على المتعاقدين ، حتى لا يحتاجا إلى الخوض في التفاصيل بل يترك ذلك للقانون ينظمه بأحكام هي ثمرة التجارب ، ومع ذلك يستطيع المتعاقدان - إذا ارادا - ان يخالفا هذه الأحكام في حدود الآداب والنظام العام<sup>1</sup> فالعقود المسماة هي التي اقر التشريع لها اسما يدل على موضوعها الخاص وأحكاما أصلية تترتب على انعقادها كالبيع ، والهبة وغيرها .

أما العقود غير المسماة فهي التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها ولم يترتب التشريع لها أحكاما تخصها ، وهي كثيرة لا تتحصر ويجمعها اسم العقد أو الاتفاق<sup>2</sup> إما القانون المدني العراقي فإنه يقسم العقود من حيث أثرها في المعقود عليه ( محل التعاقد ) إلى الانواع الخمسة الآتية :-

1- العقود الواردة على الملكية كالبيع والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم الصلح وهي العقود الشائعة الاستعمال التي تخص ملكية المعقود عليه الذي تنتقل ملكيته من طرف لآخر على سبيل التملك

2- العقود الواردة على الانتفاع كالإيجار والإعارة

3- العقود الواردة على العمل كالمقاوله والاستصناع والتزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الوديعة

4- العقود الاحتمالية كالمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين

5- عقد الكفالة

وتعد بيوع الامانة من عقود البيع العادية وهي تشمل أربعة عقود (المرابحة والتولية والوضيعة والإشراك) وهذه العقود تعتمد على الإخبار بالثمن الحقيقي الذي اشترى به البائع ، فالبائع هنا الشخص الأمين الذي يلتزم بالإخبار بالثمن الحقيقي في إنشاء البيع وإلا فيعد عدم

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 1 ، مرجع سابق ، ص122

<sup>2</sup> لاحظ: الدكتور احمد سالم ملحم ، بيع المربحة وتطبيقاته في المصارف الاسلامية طبعة مزيده ومنقحة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، سنة 2005 ، ص13



أخباره خيانة وعليه فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص المبحث الأول للتعريف بعقود الامانة ونخصص المبحث الثاني لالتزامات الأمين في هذه العقود.

## المبحث الاول

### التعريف بعقود الامانة

من اجل ان نحدد تعريف عقود الامانة فاننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نبين في المطلب الاول ماهية عقود الامانة ووجه الاستئمان فيها ونبين في المطلب الثاني اساس اقرار عقود الامانة والخيانة فيها.

## المطلب الاول

### ماهية عقود الامانة ووجه الاستئمان فيها

سوف نبحت في هذا المطلب تعريف عقود الامانة ووجه الاستئمان فيها وذلك من خلال فرعين ، نبين في الفرع الاول تعريف عقود الامانة وفي الفرع الثاني وجه الاستئمان فيها .

## الفرع الاول

### ماهية عقود الامانة

لقد بينا فيما سبق ان عقود الامانة هي اربعة عقود هي : المرابحة والتولية والوضيعة والاشراك . وهذه العقود هي غير عقود الامانة التي درّج القانون الجنائي على معرفتها ، لذا سنتناول في هذا الفرع تعريف هذه العقود في القانون المدني ثم نميزها من تلك المعروفة في القانون الجنائي .

## المقصد الاول

### تعريف عقود الامانة في القانون المدني

#### أولا : المرابحة:

المرابحة في اللغة تعني : ( ربح فلان وربحته وهذا بيع مريح اذا كان يربح فيه ) والعرب تقول

:

( ربحت تجارتها اذا نال صاحبها الربح فيها ) .

ويقال اربحته على سلعته بمعنى اعطيته ربحا ، ( وقد اربحه بمتاعه واعطاه مالا مرابحة أي على الربح بينهما . كما انه يقال بعت الشيء مرابحة او بعت السلعة لفلان مرابحة على كل عشرة دنانير دينار واحد وكذلك الحال بالنسبة. واصل المرابحة الفعل الثلاثي ربح : ويدل على شف في

مبايعة . والشف الفضل والزيادة والربح مثل ربح فلان في بيعه : اذا استشف . وتجارة رابحة يربح فيها ، يقال ربح وربح كما يقال مثل ومثل<sup>1</sup> وبعته المتاع واشتريته منه مرابحة اذا سميت لكل قدر من الثمن ربحاً<sup>2</sup> .

وربح في تجارته بالكسر ربحاً استشف والربح والربح بفتحين مثل شبه وشبه الاسم ما ربحه وكذا الرياح بالفتح وتجارة رابحة أي يربح فيها واربحه على سلعته اعطاء ربحاً وباع الشيء مرابحة<sup>3</sup> . اما المعنى الاصطلاحي للمرابحة ، فقد عرف المشرع العراقي<sup>4</sup> المرابحة ونظم احكامه في المادة (530) فجاء تعريفها (1- يجوز بيع المرابحة ..... 2- والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم).

عرفت المرابحة بعدة تعريفات وكلها تعني الزيادة على رأس المال فقد عرفها الحنفية على انها ( بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة الربح )<sup>5</sup> وكذلك عرفت بانها ( هي نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة )<sup>6</sup> وعرفت كذلك بانها بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح<sup>7</sup> وكذلك عرفت على انها ( نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح<sup>8</sup> وعرفت ايضاً بانها البيع برأس المال وربح معلوم<sup>9</sup> وكذلك عرفت على انها بيع ما ملكه الانسان برأس ماله مع ربح محدد<sup>10</sup> وعرفت ايضاً بانها البيع بمثل الثمن الأول مع زيادة الربح<sup>11</sup> وعرفها الشافعية بانها بيع بمثل الثمن الأول مع ربح وزع على اجزائه<sup>12</sup> وكذلك عرفها المالكية بانها ( بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع تقدمه غير لازم مساواته له )<sup>13</sup> وكلها تعريفات متشابهة وتقول بان المرابحة في القانون لا يختلف عن المرابحة في الفقه الاسلامي.

<sup>1</sup> لاحظ: ابن منصور الازهري ، تهذيب اللغة ، ج 3 ، الدار المصرية للاليف الترجمة ، ص 740

<sup>2</sup> ، لاحظ: الفيومي ، المصباح المنير ، مرجع سابق ، ص 128

<sup>3</sup> لاحظ: الرازي ، مختار الصحاح ، مرجع سابق ، ص 229

<sup>4</sup> لاحظ: المادة 480 من القانون المدني الاردني ( يجوز البيع بطريق المرابحة او الوضعية او التولية اذا كان رأس المال معلوما حين العقد وكان مقدار الربح في المرابحة ومقدار الخسارة في الوضعية محددا ) ،

<sup>5</sup> لاحظ: الامام علاء الدين ، ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 2000م ، ص 358 ،

<sup>6</sup> لاحظ: الامام الشيخ محمد بن علي الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار ، ج 2 ، دار ابن كثير - دمشق - بيروت ، ط 2 ، 2005 ، ص 681

<sup>7</sup> لاحظ: محمد زكي عبد البر ، احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي (عرض منهجي) ، ، دار الثقافة ، قطر ، الدوحة ، ط 1 ، 1986م ص 461

<sup>8</sup> لاحظ: الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير للعاجز الفقير ، ج 6 ، دار احياء التراث العربي بيروت-لبنان ، ص 122

<sup>9</sup> لاحظ: الامامين موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي المفتي ، ج 4 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، طبعة جديدة بالافست ، ص 259

<sup>10</sup> لاحظ: الاستاذ مصطفى الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، ج 4 ، العقود المسماة عقد البيع - ص 65

<sup>11</sup> لاحظ: الدكتور وهي الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج 4 ، ص 703

<sup>12</sup> لاحظ: شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، المجلد 4 ، ط 3 ، سنة 2003 ، ص 106

<sup>13</sup> لاحظ: ابو بركات العدوي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، مجلد 4 ط 2 ، سنة 2003 ، ص 257 ،

## ثانيا : التولية :

اصل كلمة التولية الفعل الثلاثي ولي وفي اسماء الله تعالى الولي هو الناصر وقيل المتولي لأمر العالم والخلائق القائم بها .

ولي الشيء وولي عليه ولاية وقيل الولاية الخطة كالامارة والولاية بالكسر السلطان والولاية بفتح النصرة .

والتولية اصطلاحا كالمراوحة الا انها بالثمن الاول فقط<sup>1</sup> والتولية بيع بمثل الثمن الاول<sup>2</sup> وذكر الحنفية تعريفا له بقولهم بيع ما شراه بلا زيادة<sup>3</sup> والتولية (نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح)<sup>4</sup> وعرفها الحنفية بانها بيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان<sup>5</sup> وعرفت كذلك بانها اعطاء برأس المال<sup>6</sup> وعرفها الحنابلة بانها البيع برأس المال فيقول وليتكه او بعته برأس ماله او بما اشتريته او برقمه<sup>7</sup> وعرفها الشافعية بانها نقل جميع المبيع إلى المولي يمثل الثمن المثلي او قيمة المتقوم بلفظ ولينك او ما اشتق منه<sup>8</sup>

وقد عرف القانون المدني العراقي<sup>9</sup> عقد التولية في المادة ( 530 / 2 ) فجاء فيها : (والتولية والتولية بيع بمثل الثمن الاول دون زيادة او نقصان ) .

وعرف البعض من شراح القانون عقد التولية على نحو يماثل تعريفها في الفقه الاسلامي فقال هي شراء السلعة بمثل ثمنها الأصلي دون زيادة او نقصان<sup>10</sup> .

## ثالثا : الوضيعة ( الحطيطة ) :

اصل كلمة الوضيعة الفعل الثلاثي وضع ، وتدل على الحفظ للشيء وحطه ووضعته بالارض وضعاً ، وضع في تجارته : خسر<sup>11</sup> والحطيطة فعيلة بمعنى مفعولة واستحطه من الثمن كذا فحطه له وانحط السعر نقص. ومنه قيل وضع في تجارته وضيعة اذا خسر<sup>12</sup> المواضعة او

<sup>1</sup> لاحظ: الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار ، مرجع سابق ، ص683

<sup>2</sup> لاحظ: الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ص359

<sup>3</sup> لاحظ: عبد الرحمن الكلبولي ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1998 ، مجلد 3 ط1 ، ص106

<sup>4</sup> لاحظ: الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير للعاجز الفقيه ، مرجع سابق ، ص123

<sup>5</sup> لاحظ: محمد زكي عبد البر ، احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ، مرجع سابق ، ص488

<sup>6</sup> لاحظ: محمد بن جمال الدين مكي العاملي وزين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج3 دار احياء التراث العربي بيروت-لبنان ، ط3 ص436

<sup>7</sup> لاحظ: ابن قدامي ، المغني ويلييه الشرح الكبير ، مرجع سابق ص100

<sup>8</sup> لاحظ: زكريا الانصاري ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ، دار الكتب العلمية لبنان ، المجلد 2 ، ط1-2000 ، ص370

<sup>9</sup> اما القانون المدني الاردني فلم يذكر تعريفا له في المادة (480) بل اكتفى بالاشارة في فقرتها الاولى إلى جوازه فجاء فيها ( يجوز البيع بطريق المراوحة او الوضيعة او التولية اذا كان رأس مال المبيع معلوما حين العقد وكان مقدار الربح في المراوحة ومقدار الخسارة في الوضيعة محدد )

<sup>10</sup> لاحظ: د. علي هادي العبيدي ، العقود المسماة في البيع والايجار ، المركز القومي للنشر ، الاردن ط2 ، 1999 ، ص66 ،

<sup>11</sup> لاحظ: ابو الحسين زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، مرجع سابق ، ص117

<sup>12</sup> لاحظ: الفيومي ، المصباح المنير ، مرجع سابق ، ص86

الوضيعة او الحطيطة اصطلاحاً هي بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان بشيء معلوم<sup>1</sup> والمواضعة انما انما تكون بنقيصة معلومة ، فيقول : بعثك بما اشتريته او تقوم عليه ووضيعة كذا او حط كذا . فلو كان قد اشتراه بمائة فقال : بعثك بمائة وضيعة درهم من كل عشرة فالثمن تسعون<sup>2</sup> وعرفها الحنفية بانها بيع بمثل الثمن الاول ، مع نقصان شيء معلوم منه وقد تسمى " مواضعة"<sup>3</sup> اما الشافعية فعبروا عنها بعقد المعاطة وعرفوها بانها نقل كل المبيع او بعضه إلى الغير بنقص معلوم عن الثمن الاول<sup>4</sup> اما الحنابلة فقد عرفوه بانها البيع بنقص من الثمن الاول بمقدار معلوم<sup>5</sup> .

وقد عرف القانون المدني العراقي عقد الوضيعة في المادة 530 فنص على ما يلي ( والوضيعة بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان مقدار معلوم منه ) .

### رابعاً : الاشراك أو المشاركة :

والاشراك - في اللغة - مصدر شركة صيرت شريكاً<sup>6</sup> ويقال شريك واشراك كما يقال يتيم وايتام ونصير وانصار وشاركت فلاناً ، معناه صرت شريكه ، وشركته في البيع والميراث ، شركه والاسم الشرك والجمع اشراك ، مثل شبر واشبار<sup>7</sup> وشارك فلان فلاناً وقعت بينهما شراكة<sup>8</sup> وشاركه صار شريكه واشتركا في كذا وتشاركا وشركه في البيع والميراث<sup>9</sup> .

اما التعريف الاصطلاحي للمشاركة ، فهي اعطاء بعض المبيع برأس ماله وهو ان يبيع صاحب السلعة بعضها منها برأس المال لشخص آخر فيكون هذا المشتري شريكاً مع البائع وهو الذي يعبر عنه بالتشريك<sup>10</sup> والشراكة بيع بعضه بقسطه من الثمن ويصح بقوله شركتك في نصفه او ثلثه . اذا اشترى شيئاً فقال له رجل اشركني في نصفه بنصف الثمن فقال له اشركتك صح وصار شركاً بينهما اذا كان الثمن معلوماً لهما<sup>11</sup> والاشراك هو بيع التولية في بعض المبيع ، من النصف والثلث وغير ذلك بقدره من الثمن والاشراك توليه حقيقة لكنه تولية في بعض المبيع ببعض الثمن<sup>12</sup> ومن خلال التعريفات المتقدمة يتضح بانها تختلف عن غيرها من عقود الامانة ، اذ تعني مشاركة طرفين فأكثر في شيء ما ، في حين ان كلا من المرابحة والتولية والحطيطة تعني شيئاً آخر كما ظهر لنا

<sup>1</sup> لاحظ: الكاساني ، بدائع ضائع ، ج 5 ، مرجع سابق ، ص 370

<sup>2</sup> لاحظ: العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مرجع سابق ، ص 433-434

<sup>3</sup> لاحظ: محمد زكي عبد البر ، احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ، مرجع سابق ، ص 485

<sup>4</sup> لاحظ: جلال الدين المعلي ، حاشيتنا القليوي وعميره ، دار الكتب العلمية لبنان ، ط 2 ، 2003 ، ص 249

<sup>5</sup> لاحظ: شمس الدين بن مفلح ، كتاب الفروع في فقه الامام احمد بن حنبل ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، 2002

، ص 36

<sup>6</sup> لاحظ: ابن منظور ، لسان العرب ، مادة شرك

<sup>7</sup> لاحظ: ابو منصور الازهري ، تهذيب اللغة ، مرجع سابق ،

<sup>8</sup> لاحظ: بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مرجع سابق ، ص 463

<sup>9</sup> لاحظ: الرازي ، الصحاح ، مرجع سابق ، ص 336

<sup>10</sup> لاحظ: العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مرجع سابق ، ص 425

<sup>11</sup> لاحظ: ابن قدامي ، المفتي ويليه الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ص 100

<sup>12</sup> لاحظ: محمد زكي عبد البر ، احكام المعاملات المالية ، مرجع سابق ، ص 492

من خلال تعريفنا لها<sup>1</sup> والمشتري لا يخلو اما ان يكون لواحد واما ان يكون لاثنتين او اكثر . فان كان لواحد فأشرك فيه غيره فلا يخلو اما ان يشركه في قدر معلوم كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك وأما ان اطلقت الشراكة فان اشركه في قدر معلوم فان ذلك القدر لا شك فيه لان حكم التصرف فيه يثبت في قدر ما اضيف اليه الأصل ، فان اطلقت الشركة بان قال : اشركتك في هذا الكر فله نصف هذا الكر كما لو قال : اشركتك في نصف الكر لان الشركة المطلقة تقتضي المساواة فتقتضي ان يكون نصيب الرجل مثل نصيبه وما اذا كان الاثنتين فلا يخلو اما ان يكون اشرك احدهما رجلا واما ان اشركاه جميعا.

وقد عرف القانون المدني العراقي<sup>2</sup> عقد الشركة في المادة 530 فجاء فيها ( ولاشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن ).

## المقصد الثاني

### تحديد نطاق عقود الامانة في القانونين المدني والجنائي

تختلف عقود الامانة - موضوع الدراسة - من كل من العقود الواردة على الامانة في القانون المدني ، وعقود الامانة حسب المعنى الدارج لدى فقه القانون الجنائي ، كما ان عقود الامانة قد لا تقتصر على بيوعات الامانة فتتهض غايتها في عقود أخرى ، كعقد التأمين ، ونتناول كلا من هذه الموضوعات في فقرات منفصلة :-

#### أولاً : عقود الامانة والعقود الواردة على الامانة :

العقود الواردة على الامانة هي العقود التي تقوم على الثقة بين المتعاقدين ، فتتضمن في محتواها معنى الامانة ، وهي في القانون المدني متعددة مثل الايداع والإعارة والإيجار والرهن الحيازي والوكالة والعمل والمقاولة :

#### 1- الإيداع :- نصت المادة (951) من القانون المدني العراقي على انه :: (( الايداع

عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم إلا بالقبض )) ، والوديع أمين على الوديعة ، ويده يد امانة فلا يضمن الا إذا تعدى ، ولهذا نصت المادة (953) من القانون المدني العراقي على انه ( إذا كان الإيداع بأجرة ، فهلك الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ضمنها الوديعة ). يتضح من هذه المادة ان الوديعة إذا ضاعت أو تلفت بسبب كان من الممكن على المودع لديه التحرز منه يضمن الوديعة الوديعة ، وهو يضمن هنا بتعديه .

<sup>1</sup> لاحظ: السيد ابراهيم فاضل الربو ، صور من التعامل المالي في الاسلام ، مرجع سابق ، ص 262  
<sup>2</sup> لم يعرف القانون المدني الاردني عقد الاشراك

- 2- **الإعارة :-** نصت المادة (847) من القانون المدني العراقي على ان الإعارة (( عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الإستعمال ولا تتم الإعارة الا بالقبض )) وكذلك نصت المادة (857) من القانون المدني العراقي على ان (العارية امانة في يد المستعير فان هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان ) بموجب هذه المادة تعد العارية عقد من العقود الواردة على الامانة واليد عليها يد امانة فلا يلزم صاحب يد الامانة بالضمان.
- 3- **الإيجار :-** نصت المادة (722) من القانون المدني العراقي على انه : (( الايجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة ، وبه يلتزم المؤجر من تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور )) ، والإجارة ايضاً تعد من العقود التي تتضمن الامانة فالمأجور يعد امانة في يد المستأجر ويجب ان يبذل في الحفاظ على العين المؤجرة ما يبذله الرجل المعتاد في الحفاظ على ملكه ، وهذا ما جاء في القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (764) على انه ( 1- المأجور امانة في يد المستأجر . 2- واستعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعد فيضمن الضرر المتولد عنه ) . واستعمال المأجور على خلاف المعتاد يعني استعمال غير مألوف أو غير مشروع أو تعسفاً ، فيكون متعدياً ، وبالتالي ضامناً لهلاك الشيء مثل ، ان يستخدم دار السكنى مصنعا او يزيد في الحمولة او يتمتع عن رد المأجور بعد انتهاء الإجارة ، فيتلف ، فيضمنه<sup>1</sup>.
- 4- **الرهن الحيازي :-** نصت المادة (1321) من القانون المدني العراقي على انه : (( الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن إستيفاءه منه ، كلا أو بعضا ، مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال )) ، والمال المرهون هو امانة في يد المرتهن أو العدل<sup>2</sup>.
- 5- **الوكالة :-** نصت المادة (927) من القانون المدني العراقي على انه : (( الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم )) ، والوكالة تعد عقدا من العقود التي تتضمن معنى الامانة بموجب القانون العراقي<sup>3</sup> حيث نصت المادة (935) على انه ( المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون امانة في يده فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان ، وللموكل ان يطلب إثبات الهلاك ) .

<sup>1</sup> لاحظ: دكتور وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، مرجع سابق ، ص 58

<sup>2</sup> لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، مرجع سابق ، ص 43.

<sup>3</sup> لاحظ: المادة 935

وكذلك تعد عقوداً أخرى في القانون متضمنة لمعنى الأمانة كالعقل والمقابلة . أما عقود الأمانة - كما ذكرنا - فهي المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة .

### **ثانياً : عقود الأمانة في القانون المدني وعقود الأمانة في القانون الجنائي :-**

قد تأتي الأمانة بمعنى الصفة ، فيكون المراد منها أمانة البائع في الاخبار عن الثمن للمشتري فتكون صفة للبائع اذا اخبر بحقيقة الثمن . كما في بياعات الأمانة فهذه العقود يحتكم المشتري فيها لضمير البائع وأمانته ، هذا هو المعنى الاول للأمانة ، فعقود الأمانة بهذا المعنى تدخل ضمن القانون المدني من خلال العقود الاربعة ( المرابحة والتولية والوضيعة والشركة ) وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة (121) حيث جاء فيها ( ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة ) فالتغريير هو الذي تتمثل فيه خيانة الأمانة التي من خلالها يعقد عقد الأمانة فالمشتري هنا يثق بأمانة البائع في الاخبار بالثمن الحقيقي والا فيعد الكذب فيها تغريراً وبذلك تنفق صفة الأمانة الواجب توافرها في هذه النوعية من العقود .

اما المعنى الثاني للأمانة فهو الشيء الذي يوجد عند الامين وذلك يكون في :-

أ- العقد الذي تكون فيه الأمانة هي المقصد الأصلي ، وهو عقد الوديعة .

ب- العقد الذي تكون فيه الأمانة ضمنها وليست اصلاً بل بعضاً ، كالأجرة والعارية والرهن .

ت- ما كانت بدون عقد ولا قصد : كاللقطة ، وكما لو اقت الریح في دار احد مال جاره وذلك ما يسمى بالأمانة الشرعية<sup>1</sup>.

فخيانة الأمانة في عقود الأمانة بالمعنى الثاني تعتبر جريمة في قانون العقوبات وتسمى جريمة خيانة الأمانة .

وخيانة الأمانة هي انتهاك شخص حق ملكية شخص آخر عن طريق خيانة الثقة التي اودعت فيه .

ففي خيانة الأمانة هناك عقد قائم بين الجاني والمجنى عليه وهذه عقود مذكورة على سبيل الحصر في قانون العقوبات المصري<sup>2</sup> ، لكن قانون العقوبات العراقي لم يحصرها<sup>3</sup>.

وتقتض هذه الجريمة بادیء ذي بدء ان يكون المال موضوعها قد سبق تسليمه إلى الجاني ، وعلى هذا فان الجريمة لا تقع اذا لم يكن هناك تسليم ولذلك قضى بان الناشر الذي يذكر للمؤلف في حسابه معه عدداً من النسخ اقل من العدد الذي طبعه فعلاً ، فانه لا يرتكب خيانة أمانة فهو لم

<sup>1</sup> لاحظ د. اسامة عبد العليم فرج الشيخ. احكام مسؤولية الامين في الفقه الاسلامي والقانون المدني. دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية . 2006 . ص 16

<sup>3</sup> لاحظ : المادة (453) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل .

يستلم شيئاً ، وبأن المدين الذي يدفع جزءاً من الدين ويتعهد للدائن بأن يدفع باقي الدين سداداً لبعض الحسابات لا يرتكب خيانة أمانة إذا لم يقيم بالسداد<sup>1</sup>.

ويحصل التسليم عادة من المجنى عليه إلى الجاني ويحصل بشكل مادي أي من يد ليد<sup>2</sup> ، وهذا هو التسليم الحقيقي ، وقد يكون اعتبارياً وذلك بتغيير صفة الحائز ، ومثال ذلك البائع الذي يبيع منقولاً معيناً بذاته ، ولا يتسلم المشتري الشيء المبيع ولكنه يتركه على سبيل الوديعة لدى البائع ، هذا البائع يرتكب جريمة خيانة الأمانة إذا تصرف في الشيء لحساب نفسه على الرغم من أنه لم يتسلمه مادياً ، وإنما التسليم كان ضمناً عن طريق عدم آخراج الشيء من حيازته مع تغيير نوع الحيازة من كاملة إلى ناقصة ، ومع تغيير صفة البائع من مالك إلى مودع لديه أو من أمثلة ذلك أيضاً أن يترك المشتري الشيء الذي اشتراه في حيازة البائع كرهن حتى يدفع باقي الثمن<sup>3</sup> وهذا هو الركن الأول في جريمة خيانة الأمانة أما الركن الثاني فهو أن يكون التسليم قد تم بناءً على عقد من عقود الأمانة الواردة على سبيل الحصر في قانون العقوبات .

حيث لا يكفي مجرد التسليم بقصد نقل الحيازة المؤقتة . بل لابد لقيام الجريمة من أن تكون سبب التسليم داخلاً في حالة من تلك الحالات . وأول هذه العقود هي أولاً :- عقد الوديعة فهو عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ الشيء وعلى أن يردده عينا<sup>4</sup>. وجوهر الوديعة في التزام المودع لديه بحفظها وردها بذاتها فأذا ثبت أن صاحب المال قد خول المودع لديه حق التصرف في المال فإن العقد لا يعتبر وديعة بل قرضاً أو عارية استهلاك . وبإختصار فإن عقود الأمانة في القانون الجنائي ينصرف معناها إلى العقود الواردة على الأمانة في القانون المدني .

### ثالثاً :صورة معاصرة من عقود الأمانة( عقد التأمين ):-

يبحث الإنسان دائماً عن الحصن الذي يحميه من شر ضربات القدر وعثرات الزمان ، ما كان ليقف مكتوف الأيدي ، والاحطار تتهدده من كل جانب فانطلق من فكرة أنه إذا لم يكن في الوسع الحيلولة دون وقوع الاحطار في ذاتها ، فلا أقل من أن نعمل على تلافي الآثار السيئة التي تتجم عن وقوعها ، ووجد في التأمين ضالته المنشودة التي تحقق له هذا الهدف . فالتأمين يقوم على فكرة تشتيت الخسارة وتبديدها وتوزيعها لأنه تؤدي إلى تجزئة خطر الكارثة مهما تكن ضخمة أو رهيبية إلى قطع صغيرة جداً يتحمل كل فرد في الجماعة جزءاً منها ، بدلاً من أن يتحمل فرد واحد مجموع هذه الأجزاء ، ومما لا شك فيه أن الخسارة البسيطة التي تصيب مجموعاً كبيراً من الأفراد خير من الخسارة الكبيرة التي تصيب شخصاً منفرداً ، والتأمين بهذا المعنى

<sup>1</sup> لاحظ د. سمير عبد الغني جرائم الاعتداء على الأموال دار الكتب القانونية. مصر. 2007. ص 344

<sup>2</sup> لاحظ د. عبد الحميد المنشاوي . جرائم خيانة الأمانة . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية . 2005. ص 13

<sup>3</sup> لاحظ د. سمير عبد الغني . مرجع سابق ، ص 344

<sup>4</sup> والوديعة التي أشارت إليها قانون العقوبات لا تختلف عن الوديعة التي تكلم عليها القانون المدني ولذلك فالمرجع إليه في بيان أحكام الوديعة وقيام العقد وطرق اثباته . لاحظ المواد ( 950 - 189 ) من القانون المدني العراقي .



يفترض وجود عدد كبير من الأشخاص يتعرضون جميعا لنفس الخطر بحيث اذا تحقق هذا الخطر ، او وقعت الكارثة اصابتهم بخسارة جسيمة ، لذا يعتمد هؤلاء الأشخاص إلى التعاون فيما بينهم بحيث يدفع كل منهم مبلغا بسيطا من المال ( يسمى القسط أو الاشتراك ) فأذا ما وقعت الكارثة وتحقق الخطر المؤمن بالنسبة لبعضهم وجدوا في مجموع الأموال السابق تحصيلها من مجموعهم ترضية كافية او تعويضا كافيا .

والتأمين بذلك يفترض وجود طرفين على الاقل ، الطرف الاول ويتمثل في مجموع الأشخاص الذين يتهددهم نفس الخطر ، ويرغبون في التأمين ضد نتائج وقوعه ( ويسمى كل منهم بالمؤمن له ) والطرف الثاني هو الشخص الذي يأخذ على عاتقه مهمة جمع الاقساط من كل منهم ، ودفع مبلغ التأمين لمن يصيبه الخطر ، أو هو بمعنى اوسع من يتولى ( ادارة التأمين ) ويسمى بالمؤمن . لا يجوز للمؤمن عليه ان يكذب او ان يعطي شركة التأمين بيانا خاطئا او يكتم أمرا له تأثيرا في التعاقد والا جاز للشركة ابطال العقد<sup>1</sup> .

ويجب ان نفرق بين المؤمن له سيء النية والحسن النية عندما يقوم المؤمن بالادلاء بالبيانات الكاذبة او يكتم أمرا له تأثير في التعاقد . فالمؤمن له سيء النية اذا توافرت له ايقاع المؤمن في غلط بأمداده بيانات غير صحيحة عن الخطر او بكتمانه بيانات صحيحة عنه يجب ان توقع عليه جزاء البطلان . ولا يكفي مجرد الكذب او الكتمان لإعمال هذا الجزاء بل لابد من وجود نية العمد في تضليل المؤمن بشأن بيانات الخطر على نحو يغير من موضوع الخطر ويقلل من أهميته<sup>2</sup> .

وبناء على ذلك ، يلزم توافر عنصرين للقول بالابطال ، احدهما مادي والآخر معنوي : -  
العنصر المادي / الكذب او الكتمان بشأن بيان مغاير في موضوع الخطر او مقلل لأهميته ، ويفترض هذا العنصر ، بداهة ، ان يكون المؤمن له عالما بحقيقة البيان محل الكذب او الكتمان ، ولا يجب ان يختلط احد هذين المصطلحين بالآخر في الازهان ، فالكذب يتطلب عملا ايجابيا من جانب المؤمن له يتمثل بإمداده المؤمن ببيانات غير صحيحة ، اما الكتمان فهو عمل سلبي يقصد به الومن له حجب بيان معين عن المؤمن . وسواء أكان هناك كذب ام كتمان ، فلا بد من ان يجدا محلا لهما بيانا معلوما من المؤمن له ومجهولا من المؤمن متعلقا بأمر لو علم بها المؤمن عند التعاقد لغيرت من موضوع الخطر او قللت من هميته ، بعبارة أخرى ، ان علمه بحقيقة الأمر كان سيدفعه اما إلى رفض مبدأ التعاقد اصلا او إلى التعاقد نظير تعريفه اكبر للقسط<sup>3</sup> .

ولتوضيح المقصود بالعنصر المادي بهذا الشأن نورد هذا المثال ، ففي مجال التأمين على الحياة ، تتعقد مسؤولية المؤمن له اذا ثبت انه كتم عن المؤمن ابرامه لوثائق أخرى للتأمين عن الحياة

<sup>1</sup> لاحظ. الاستاذ الدكتور عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري . مصادر الحق . ج2. مرجع سابق. ص155

<sup>2</sup> لاحظ : المادة (987) من القانون المدني العراقي .

<sup>3</sup> لاحظ. د. محمد حسام محمود لطفي . الاحكام العامة لعقد التأمين . دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي . النسر الذهبي . القاهرة . 2001. ص215

، كذلك الحال ، اذا اقر المؤمن له بوجود هذه الوثائق وقلل من قيمتها ، فمن المعروف ان علم المؤمن بالقيمة الحقيقية بهذه الوثائق يعطيه فكرة واضحة عن دوافع المؤمن له اتجاهه .

**العنصر المعنوي :** نية التضليل ، لا يكفي ان يرد الكذب او الكتمان على بيان مؤثر في موضوع الخطر او مقلل من أهميته فقط بل لابد من توافر نية التضليل لدى المؤمن له ويقع على عاتق المؤمن تحت رقابة قاضي الموضوع ، اثبات توافر هذه النية بكل طرق الاثبات بما في ذلك البيئة والقرائن<sup>1</sup>

## الفرع الثاني

### وجه الاستئمان في عقود الامانة

#### ( الثقة )

ان عقود الامانة التي سبق وعرفناها تعتمد على الثقة والصدق في إعلام البائع المشتري بالثمن الحقيقي للمبيع وان أي إخلال في هذه المصادقية تعد إخلالا بالثقة التي منحها المشتري للبائع والتي على أساسها قامت عملية البيع ، فالثقة توفر الأمان والاطمئنان بين البائع والمشتري . بل ان حمايتها سيدعم نزاهة المعاملات التي تعد غاية أساسية في القانون الخاص تمنع اقتران الإرادة بالعيوب التي من شأنها ان تضر بتلك النزاهة وبالتالي انتهاك الثقة بين المتعاقدين وعلى هذا تنص المادة 118 من القانون المدني العراقي في فقرتها الثالثة ( 3- ) اذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط ان يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد .

ولأهمية كل من الثقة والنزاهة وكونهما المرتكز الذي تبنى عليهما الصحة في عقود الامانة فسوف نتعرض للثقة في المقصد الاول ثم نبين النزاهة في المقصد الثاني.

الثقة في اللغة تأتي من الفعل وثق ، وثق به يثق وثوقا وموثقا ائتمنه فهو واثق وذلك موثق به<sup>2</sup> والثقة مشتقة من الفعل وثق ، فالثقة مصدر وثق يثق وثاقه ، وثيقة ، أي للدلالة على الضمانة فيقال ارض وثيقة أي كثيرة العشب<sup>3</sup> .

والثقة تأتي بمعنى الاعتماد ، إذ يقال : وثقت به أثق ثقة : سكنت إليه واعتمدت عليه ، وأوثقه ، شددته ، والوثاق والوثاق اسمان يوثق به الشيء والوثقة تانيث الأوثق قال تعالى " ولا يوثق وثاقه احد "<sup>4</sup> . وقوله تعالى ( اثخنتموهم فشدوا الوثاق )<sup>5</sup> والميثاق : عقد مؤكد بيمين وعهد قال

<sup>1</sup> لاحظ ، المرجع السابق ، ص 217

<sup>2</sup> لاحظ: بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مرجع سابق ، ص 956

<sup>3</sup> لاحظ: ابن منظور ، لسان العرب ، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 298

<sup>4</sup> سورة الفجر الآية (26)

<sup>5</sup> سورة محمد الآية (4)

تعالى " واذا اخذ الله ميثاق النبيين <sup>1</sup> " وقوله تعالى " واذا اخذنا من النبيين ميثاقهم <sup>2</sup> " وقوله تعالى " واخذنا منه ميثاقا غليظا <sup>3</sup> " والوثاق الشد المحكم <sup>4</sup>.

والجمع وثاق بالكسر <sup>5</sup>. ووثقت به اثق بكسرهما ثقة ووثقا ائتمنه وهو وهي ومعنى ثقة لانه مصدر وقد يجمع في الذكور والاناث فيقال ثقات <sup>6</sup>.

اما المعنى الاصطلاحي للثقة فهو ايمان بحسن نية الغير واستقامته وصدقه ووفائه كما في الثقة المتبادلة بين المتعاقدين او بشخص ثالث . او هي الايمان والاعتقاد بأهليه شخص واختصاصه وصفته المهنية ( كالطبيب مثلا ) والوثوق بالغير ، يأتي بالاطمئنان نحوه ، او ايكاله عملا معيننا . منها الثقة بالحكومة لانها مؤهلة في نظر ممثلي الشعب على اداء مهامها ، فأذا اخلت بها فستحجب الثقة عنها <sup>7</sup> ويرى البعض في الثقة انها معيار الحق ، اذ الحق رابط متعدد العناصر ومن عناصره صاحب الحق والحق الذي يؤول للشخص لان هناك آخر نقله اليه ، وانما لانه نفسه اراد اكتسابه فأرادة كسب الحق كاف لاكتتابه بشرط مشروعيتها ، ومشروعيتها رهن بقبول المجتمع لها وثقته بها <sup>8</sup>.

والوضع الظاهر لعقود الامانة هو الاعلام بالثمن الحقيقي عند البيع وان حدث كذب او كتمان فان هذا يعد اخلايا بالظاهر الذي يحاولالقانون ان يحميه بغية استقرار المعاملات حيث ان مبدأ استقرار المعاملات يعد غاية من غايات القانون وان القانون يستطيع ان ينجز وظيفته في المحافظة على كيان المجتمع وان يضمن له التقدم والارتقاء من خلال الاخذ بمبدأ استقرار المعاملات . فالثقة احيانا تأتي بمعنى الاعتماد ، لهذا سميت بعض العقود التجارية بمصطلح الاعتماد كالاعتماد المستندي والاعتماد للسحب على المكشوف ، وقد تأتي بمعنى الضمان أي في استحصال حق وتأتي بمعنى الاعتقاد والايمان بالطرف الآخر ، كما تأتي بمعنى الائتمان المرتبط بمنح الاجل للمدين بالوفاء بدينه كما تأتي بمعنى الاتكال فاناطة الاعمال لشخص معين والاتكال عليه لاداءه هو الثقة التي اودعها فيه الموكل وان الاخذ بالثقة والمصادقية وعدم الكذب يعني قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون وهذا ما نسميه بفكرة حسن النية <sup>9</sup> وحسن النية يعني الصدق والاخلاص

<sup>1</sup> سورة ال عمران الاية (81)

<sup>2</sup> سورة الاحزاب الاية (7)

<sup>3</sup> سورة النساء الاية ( 154 )

<sup>4</sup> لاحظ: العلامة الراغب الاصفهاني ، مفردات الفاظ القرآن ، مرجع سابق ، ص853

<sup>5</sup> لاحظ: الرازي ، الصحاح ، مرجع سابق ، ص708

<sup>6</sup> لاحظ: الفيومي ، المصباح المنير ، مرجع سابق ، ص376

<sup>7</sup> لاحظ:جيراركورنو ، معجم مصطلحات القانونية ، ترجمة منصور الغاني ، ج 2 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت 1998 ، ص691

<sup>8</sup> الفقيه (امانيول ليفي) نقلا عن : د.نعمان محمد خليل جمعة ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، معهد البحوث والدراسات العربية ، 1977 ، ص44-45

<sup>9</sup> لاحظ: د.نعمان محمد خليل جمعة ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، منشورات جامعة الدول العربية ، 1977 ، ص137

والاستقامة والنزاهة وعدم الغش<sup>1</sup>. وحسن النية هو الاعتقاد بمراعاة الشروط اللازمة لسلامة علاقة قانونية معينة او انه ارادة مطاوعة القانون<sup>2</sup>.

والثقة بالمعاني السابقة هي ثقة خاصة بشخص نحو آخر ، اما الثقة العامة فهي تلك الثقة التي يصنعها المجتمع في مختلف المظاهر الضرورية لاستقرار المعاملات والروابط الاجتماعية ، فالحياة في المجتمع تفرض بين الاشخاص وجود مجموعة متعددة من العلاقات في شتى المجالات ، والثقة عنصر اساسي في المجالات القانونية والاقتصادية والمالية والسياسية ، وكذلك في مجالات العلاقات العائلية والودية ، أو حتى الفكرية التي يقيمها الافراد فيما بينهم ، وانعدام هذه الثقة أمر يستحيل معه كل حياة بصفة عامة ، ويكون بداية صراعات فردية أو جماعية دائمة<sup>3</sup>. ان وجود الثقة الثقة غير متصل ، فحسب ، بالاقتوال الصادرة من الاشخاص ، بل ايضاً بمظاهر يتصلون بها فيما بينهم ، أو يعبرون بها عن رايهم أو التزامهم أو ولائهم ، ويتسع مجال الثقة ايضاً ليشمل العلاقات والاشكال الخارجية التي تستخدمها الدولة أو السلطات العامة ، للتعبير عن سيادتها أو التزامها الخاص أو سلطاتها على الاشخاص والاشياء ، والثقة في هذه المظاهر واجب يفرضه اللزوم الفعلي ، أو انه متطلب متصل لصفة الانسان ككائن اجتماعي ، وهذه الثقة ليست شيئاً آخر غير الثقة العامة<sup>4</sup>.

وعلى الرغم من ان البعض<sup>(5)</sup> قد ذهب إلى ان الثقة العامة فكرة غامضة غير محددة ، ولذلك فهي لا ترقى ، في نظره ، إلى مرتبة المصلحة فانها تبقى فكرة تتأسس عليها الكثير من العلاقات الاجتماعية والاقتصادية ، بل وحتى السياسية في المجتمع ، وتنهض بها المعاملات وتضمن استمراريتها.

والثقة العامة بالمعاملات تأتي حتماً من تدخل الدولة والسلطات العامة في سائر انماط المعاملات ، وان اختلفت نسبة هذا التدخل بين دولة وأخرى ، لكنها لا تتدخل على الدوام ، فهي تتدخل عندما ترى ان الثقة العامة بالمعاملات بدأت تتزعزع ، وبالتالي فان انهيار هذه الثقة قد يؤدي إلى انهيار المنظومة الاجتماعية بأسرها.

والثقة العامة بالمعاملات متحصلة من حسن سيرها دونما تعطيل للمصالح أو للحقوق ، وكذلك في الوسائل والادوات التي تنتقل بها الأموال ، عند الحديث عن المعاملات المالية ، ولهذا

<sup>1</sup> لاحظ: عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص83

<sup>2</sup> لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ، لاحظ: رسالة اوات عمر قادر حاجي ، النظام القانوني لمبدأ إستقرار المعاملات في القانون المدني مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2009 ص40

<sup>3</sup> لاحظ: د. محمد عيد الغريب ، الثقة العامة ، دراسة تحليلية تأصيلية لفكرة الثقة العامة ، القاهرة ، 2001 ، ص4.

<sup>4</sup> لاحظ: المرجع السابق نفسه ، ص4.

<sup>5</sup> د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات القسم الخاص ، القسم الخاص ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، ج1 ، القاهرة ، 1982 ، ص257.

تحرص التشريعات الجنائية على صيانة وحماية الثقة العامة من خلال تجريم الكثير من الأفعال التي من شأنها أن تضر بتلك الثقة ، كالتزوير وتزييف العملة والعلامات التجارية وغيرها من الجرائم<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### اساس اقرار عقود الامانة والخيانة فيها

يختلف اساس اقرار عقود الامانة ، بحسب النظرية التقليدية او الحديثة لها ، وللاثار المترتبة على ظهور الخيانة فيها ، ولهذا سوف نتناول في هذا المطلب الاساس التقليدي لها في الفرع الاول ، ثم نتابع الاساس الحديث لها في الفرع الثاني .

## الفرع الاول

### الاساس التقليدي لأقرار عقود الامانة

#### (الامانة والاحترار عن الخيانة والشبهة والتهمة )

حدد الفقه الإسلامي منطقة حرام يفرض فيها على الناس الامانة في التعامل إلى أبعد مدى ولا يسمح فيها بأي غش ، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتدليسا ، وهذه ما تسمى ببياعات الامانة - كما ذكرنا سابقا - فيفسح فيها الفقه الإسلامي السبيل لمن قلت خبرته بالتعامل أو في ضرب يقوم عليه من ضرره ، ان يتوخى غش الناس إياه ، بان يتبايع معهم على حدود مرسومة ، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريرا<sup>2</sup> والمراوحة والتولية جائزان باستجماع شرائط الجواز والحاجة الماسة إلى هذا النوع من البيع لان من لا يهتدي في التجارة ويحتاج إلى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي وتطبيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة الربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحترار عن الخيانة وعن شبهتها<sup>3</sup> ونص القانون المدني العراقي<sup>4</sup> في الفقرة الثالثة من المادة (530) على انه ( ويلزم في هذه البيوع ان يكون الثمن الأول معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة ) . وان هذا النص مأخوذ من أحكام الفقه الإسلامي ، ويتضح من خلاله ان الأساس الذي تقوم عليه بيوعات الامانة هو الامانة في الإخبار بالثمن الحقيقي الذي اشترى به البائع المبيع ، والثمن الأول نقصد به رأس المال الذي اشترى به البائع المبيع ، اذا قام البائع بزيادة مقدار هذا الثمن وذلك بقصد الحصول على ثمن أعلى ممن يريد شرائه منه بموجب بيع من بيوع الامانة ، في هذه الحالة يحق للمشتري متى ما اكتشف هذه الزيادة ان ينقصها وذلك من خلال إعادة تقدير الثمن الحقيقي الذي

<sup>1</sup> لاحظ : ياسر محمد عبد الله ، الحماية الجنائية للثقة العامة في المعاملات ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية ، 2009 ، ( غير منشورة ) ، ص29.

<sup>2</sup> ، لاحظ: د. عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، مرجع سابق ، ص 305

<sup>3</sup> لاحظ: الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، مرجع سابق ، ص 123

<sup>4</sup> إما القانون المدني الأردني فقد جاء في المادة 480 منها بفقرتيها الثانية والثالثة على انه (2- إذا ظهر ان البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال للمشتري حط الزيادة 3- وإذا لم يكن رأس مال المبيع معروفا عند التعاقد للمشتري فسخ العقد عند معرفته وكذا الحكم لو كتم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع أو رأس المال ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه ) ،

اشترى به البائع ، وعليه فان هذه الزيادة ليس لها اثر على صحة العقد ، كما لا يجوز للمشتري طلب فسخ العقد ألا اذا تحقق سبب من الأسباب الواردة في القواعد العامة<sup>1</sup> وان الثمن هو محل الالتزام في العقود العادية وهو المبلغ النقدي الذي يلتزم المشتري بدفعه للبائع كمقابل لنقل ملكية الشيء المبيع<sup>2</sup> وهو بذلك يشكل ركنا أساسيا من أركان عقد البيع ، بدون ثمن هناك بيع<sup>3</sup> .

مما تقدم يتضح لنا ان الاساس التقليدي لاقرار عقود الامانة والخيانة فيها ولا سيما في الفقه الاسلامي هو توخي الصدق لحماية لمصلحة الطرف الضعيف الذي يأبى الدخول في معترك السوق والمضاربة على الاسعار فيأتمن إلى شخص يصدق معه في المعاملة ويطمئن إلى صدقه ، ولذا فان أي عقد من عقود الامانة لا ينهض الا بصدق القول.

والصدق نقيض الكذب ، صدق يصدق صدقا وصدقا وتصدقا وصدقة<sup>4</sup> الصدق والكذب اصلهما في القول ، ماضيا كان او مستقبلا ، وعدا كان او غيره ولا يكونان بالقصد الاول الا في القول ، ولا يكونان في القول الا في الخبر دون غيره من اصناف الكلام ولذلك قال ( ومن اصدق من الله حديثا )<sup>5</sup> ( ومن اصدق من الله حديثا )<sup>6</sup> ( واذكر في الكتاب اسماعيل انه كان صادق الوعد )<sup>7</sup> والصدق مطابقة القول الضمير والمخير عنه معا ومتى انخرم شرط من ذلك لم يكن صدقا تاما<sup>8</sup> والصدق مطابقة الحكم للواقع<sup>9</sup>.

والصدق اصطلاحا نزاهة ، طهارة ، استقامة ترتكز عن الافصاح العفوي إلى واقعة حاسمة او على الاقل لا يستهان بها بالنسبة إلى من يجعلها ، من قبل من يعرفها وحده عموما . قورن بحسن نية ومطابقة الحقيقة ، والحقيقة وهذا الصمت او السكون والسر والكتمان والتدليس والغلط والاعتقاد والغش. وعلان الصدق هو الاعلان الذي يؤكد فيه فاعله محتوى هذا الاعلان ( مثلا تعيين ثمن البيع ، وصف ظروف حادث ) مطابق تماما وبصدق للحقيقة والواقع وواجب الصدق

<sup>1</sup> لاحظ: د.علي هادي العبيدي ، عقود المسماة البيع والإيجار ، مرجع سابق ، ص 74 - 75  
<sup>2</sup> الثمن من الناحية الاقتصادية يشمل :

1- قيمة الشيء التي تتحدد طبقا لقانون العرض والطلب  
2- وهامش الربح الذي يعود على البائع وهو الذي يعتبر المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي ويتوقف نطاقه على عوامل كثيرة منها : الظروف ومهارة البائع وقوته وضعفه من الناحية الاقتصادية  
3- المصاريف المختلفة ، مثل الرسوم والضرائب ، ونفقات التعبئة والتخزين وغير ذلك وهي تأخذ حكم الثمن فتقع على عاتق المشتري ما لم يوجد اتفاق خلاف ذلك ، أما الثمن من الناحية القانونية فهو يشمل كل العناصر التي تعود بالفائدة على البائع والتي تقابل في ذمته المالية قيمة الشيء المبيع ، ولذلك يكون الثمن في المعتاد مبلغ من النقود يعطى للبائع بالإضافة إلى المصاريف المختلفة لكن ليس هناك ما يمنع ان يكون الثمن على شكل دفع دين للغير على البائع وهذا يمكن تكييفه على انه تعين لجهة الدفع اذا لم يقبل الدائن صراحة ان يكون المشتري مدينا له أو انبه في حالة قبوله . ( لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص 77 ).

<sup>3</sup> لاحظ: دكتور نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة ، عقد البيع ، دار الجامعة الجديدة ، الازارطة ، الطبعة الثانية فريدة ومنقحة ، 2004 ، ص 149

<sup>4</sup> لاحظ: العلامة ابن منظور ، لسان العرب ، ج 7 ، مرجع سابق ، ص 307

<sup>5</sup> سورة النساء / الآية 122

<sup>6</sup> سورة النساء / الآية 87

<sup>7</sup> سورة مريم / الآية 54

<sup>8</sup> لاحظ: الاصفهاني ، مفردات الفاظ القرآن ، مرجع سابق ، ص 478

<sup>9</sup> لاحظ: البستاني ، محيط المحيط ، مرجع سابق ، ص 503

مظهر لموجب الاستقامة الذي يقع على عاتق الفريقين في المرحلة السابقة للتعاقد<sup>1</sup> لقد تعرضنا لتعريف الثقة والصدق واللذان هما الاساس الذي تركز عليه عقود الامانة في القانون فالثقة هي جوهر يستضى الامانة التي يجب تواجده في بيوعات الامانة ، فالمشتري يحتكم إلى ضمير البائع عند شراءه للمبيع عن طريق اعلامه بالثمن الاول او رأس المال مع الزيادة او النقصان الحاصل للمبيع وكافة الظروف والملابسات التي تحيط بالثمن الاول . فالثقة عنصر اساسي بالمجالات القانونية والاقتصادية والمالية والسياسية وكذلك في مجال العلاقات العائلية والودية او الفكرية التي يقيمها الافراد فيما بينهم ، وانعدام هذه الثقة أمر تعرض الحياة بصفة عامة إلى الصعوبات او قد تكون بداية صراعات فردية او اجتماعية دائمة<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### الاساس الحديث لاقرار عقود الامانة والخيانة فيها

#### ( مبدأ استقرار المعاملات )

انه من المؤكد ان ترتيب الاثار القانونية على وجود خيانة في عقود الامانة ، هو أمر مهم جدا للشخص الذي وقع ضحية لهذه الخيانة اذا ان جعل العقد موقفا على اجازته ، او اتاحة الفرصة له في طلب بطلان العقد او المطالبة بفسخه ، او الرجوع على المتعاقد الاخر بالتعويض عما اصابه من اضرار ، كل هذه الاثار تجعل الشخص الذي وقع ضحية تلك الخيانة في مجال الحماية المدنية المنشودة ، لكن القانون اليوم ، لا يقرر هذه الحماية ، وان كان ، تلبية لمصلحة خاصة ، بل الاهم هو محاكاة الجانب العام في القضية ، أي توخي المصلحة العامة وهنا تتمثل في زرع الثقة العامة في التعامل ، وجعل المعاملات اكثر استقرارا بدعم الصدق فيها ، ومحاربة ما من شأنه ان يضعف هذه الثقة ، وعليه سنعالج في هذ الفرع اعطاء فكرة موجزة عن مبدأ استقرار المعاملات في المقصد الاول ، وسنوضح في المقصد الثاني مدى ارتباط هذا المبدأ بفكرة عقود الامانة .

<sup>1</sup> لاحظ: جيرار كورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، مرجع سابق ، ص995

<sup>2</sup> لاحظ: د.محمد عبد الغريب ، الثقة العامة ، مرجع سابق ، ص30

## المقصد الاول

### ماهية مبدأ استقرار المعاملات

ان المعاملات تعني الاحكام الشرعية المتعلقة بأمر الدنيا بأعتبار بقاء الشخص كالبيع والشراء ونحوهما والمعاملات جمع معاملة ولفظة المعاملة متأتية من لفظتين هما :- العمل والعملية ، والعمل هو : كل فعل بقصد<sup>1</sup> والعامل هو القائم على أموره ، لاسيما المالية منها<sup>2</sup> اما العملة ، فهي ورقة نقدية او قطعه معدنية لها سعر صرف قانوني ترادف النقد ، والعملات هي النقود تختلف باختلاف نوعها ، فقد تكون دينارا او دولارا او ريالا او جنيها والى ذلك<sup>3</sup> وبالجمع بين العمل والعملية تأتي المعاملة التي تقتضي المقابلة في العمل لكن ان استلزمنا العملة فيها عنصرا ، فان ذلك سيؤدي إلى التضيق في مفهومها اذ سيجعلها مقتصرة على الجوانب المالية ، وقد تأتي المعاملة بمعنى المعالجة وقد تأتي بمعنى المكافأة<sup>4</sup> لكن المعنى الحقيقي المراد لها هنا ، وهي سواء اكانت معاملة مالية ام غير مالية فهي تمثل علاقة قانونية يترتب عليها القانون اثرا قانونيا ، مما يجعلها محلا للحماية سواء كانت الحماية مدنية ام جنائية . ولكي تكون المعاملات بين الناس مستقرة وتخضع لنظام متزن فقد اقر القانون مبدأ استقرار المعاملات التي يحمي القانون فيها الطرف الضعيف في المعاملة من الخداع والايقاع به في التدليس فالانسان كائن اجتماعي بطبيعته له غريزة العمل والكسب وفي اثناء ذلك يصطدم بغرائز المقابل وذلك دعت إلى ايجاد القواعد القانونية التي تنظم شؤون الحياة وبالتالي تبادل المنافع يصبح أمرا ضروريا في المجتمع عن طريق اجراء المعاملات المالية . وذلك بهدف الحصول على المنافع المتبادلة ، إضافة الى تحقيق المصلحة اذا الغاية من اجراء المعاملات هي تحقيق المصلحة ، وبما ان كل شخص يحاول الحصول على مصلحته فهو يقوم بترجيح مصلحته على مصلحة الآخرين ومن هنا يبرز التصادم والتعارض بين المصالح المتعارضة لكي تستقر المعاملات بين الناس ، ومن هنا يظهر دور المصلحة في نشأة القانون وكذلك تطبيقه ، حيث ان غاية القانون هي احداث التوازن للمصالح المختلفة والتوفيق بينهما ومراعاة مصالح افراد واقامة نظام قانوني عادل ، . وحيث ان المجتمع بحاجة إلى استقرار المتمثل بحماية حقوق افراد ، أي حماية امن كل فرد على حدة ، كما انه بحاجة إلى النشاط المتمثل في الانتاج وتبادل السلع ، أي في التعامل<sup>5</sup> وهذا النشاط وتبادل السلع يحتاج إلى توفير وتأمين الثقة المشروعة للمتعامل لكي يثق بالمراكز القانونية وبالنظام القانوني الذي ينظم معاملاته ويحكم منازعاته وذلك بألحاق اليقين والثبات في المراكز القانونية وبالتالي خلق جو من الامن والاستقرار لكي يشعر المتعامل ( الفرد ) بالطمأنينة

<sup>1</sup> لاحظ: العلامة الراغب الاصفهاني ، مفردات الفاظ القرآن ، مرجع سابق ، ص587

<sup>2</sup> لاحظ: العلامة ابن منظور ، لسان العرب ، ج4 ، مرجع سابق ، ص420

<sup>3</sup> لاحظ: جبرار كورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، مرجع سابق ، ص1127

<sup>4</sup> لاحظ: المرجع سابق ، ص1537

<sup>5</sup> لاحظ: د. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، نظرية الوارد الظاهر ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، مصر ،

1993 ، ص90-92



والراحة أي توفير الامان الفردي وتأمينه ، هذا من جانب ، الا انه من جانب آخر فان المجتمع بحاجة إلى توفير الامان الجماعي وتأمينه المتمثل بحماية امن التعامل ، وتأمين الثقة المشروعة في المجتمع بغية تنشيط الحركة الاقتصادية وتشجيع التبادل وتوفير الثقة المشروعة للمتعاملين يقتضي حماية المتعامل وذلك عن طريق ايجاد بعض الوسائل والنظم القانونية ( كالشكلية وحماية الاوضاع الظاهرة والتقدم ... الخ ) وهذا ما اطلق عليه الاستقرار الحركي لدى الفقيه الكبير (ديموج)<sup>1</sup>.

## المقصد الثاني

### مدى ارتباط مبدأ استقرار المعاملات بعقود الامانة

ان عموم الناس ليسو من ارباب الخبرة في مجال التعامل اليومي في السوق ، ولذا يجب ان يتحرزوا من وقوع في شبائك المتصيدين لهم لاستغلالهم والتدليس بهم ويقف المشرع هنا امام حالة عامة قوامها حماية الاغلبية التي لا تعلم ، من الاقلية التي تعلم ، ومبدأ استقرار المعاملات مرتبط بالثقة العامة فمتى ما توافرت الثقة ادى ذلك إلى استقرار المعاملات وبالتالي تضمن تقدم وارتقاء المجتمع في كافة جوانب الحياة ، وان مبدأ الثقة هو مطابقة للواقع أي للظاهر والظاهر عموما هو الوضع الراهن الطبيعي للأشياء ، وهو ثابت بحسب ما هو مألوف في عادات الناس ومعاملاتهم<sup>2</sup> وهذه الثقة هي التي تؤدي إلى استقرار عقود الامانة ، حيث بوجود الثقة يتوفر الامان والذي يؤدي إلى قيام الاطراف الضعيفة بالتقدم على التعامل حتى لو كان من ذوي الخبرات القليلة مادام هناك مبدأ يحميهم من الاستغلال والتدليس .

## المبحث الثاني

### التزامات الامين في عقود الامانة

هناك عدد من الالتزامات واجبة الاحترام وعلى البائع الامين الالتزام بها ، سواء اكانت في مرحلة تفاوض ( مرحلة ما قبل التعاقد ) اما اذا كانت التزامات ناجمة عن عقود الامانة ، في مرحلة ما بعد التعاقد تطبق قاعدة حسن النية التي اقرت في الاساس في مرحلة تنفيذ العقد لكن المبدأ الاساس الذي يحكم المعاملات هي قاعدة سوء النية يفسد كل شيء والتي هي قاعدة اصولية لها مكانتها ليس فقط في تنفيذ العقد بل في عملية تكوينه والتفاوض عليه أيضا ، ويتفرع عن قاعدة حسن النية بهذا المعنى عدة التزامات وهي التزام بالاعلام والاستعلام والاستقامة والتعاون والنصح والحيطة واحترام العادات المرعية والجدية ... الخ وامثال ذلك ان الالتزامات التي وردناها ليست واردة

<sup>1</sup> لاحظ:عدنان ابراهيم السرحان ، الاوضاع الظاهرة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1986 ، ص144

<sup>2</sup> لاحظ:عدنان ابراهيم السرحان ، الاوضاع الظاهرة ، مرجع سابق ، ص120

على سبيل الحصر ، بل يمكن ان يضاف أي التزام آخر يسفر عنه العمل ويجد اساسه في قاعدة حسن النية<sup>1</sup>

## المطلب الاول

### الالتزامات الراجعة إلى مرحلة ما قبل التعاقد

نقصد بمرحلة ما قبل التعاقد مرحلة المفاوضات والتي هي عبارة عن تبادل في وجهات النظر ، ومناقشة لها وتعبير عن مواقف من العروض والعروض المقابلة التي يتخذها المتفاوضون . وتعرف فترة المفاوضات في الفقه الاسلامي بفترة المساومة او المساومات<sup>2</sup>. كما ان مفهوم المفاوضات في الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة يختلف عن مفهومها في الفقه القانوني فكلاهما يقصدان بالمفاوضات بذل المحاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين الطرفين ليقف كل منهما على مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف الآخر وحتى يتسنى الوصول إلى تسوية واتفاق يتم صبه في قالب ايجاب يتم توجيهه إلى الطرف الآخر<sup>3</sup> ويفرض النظام القانوني للمفاوضات على طرفي المفاوضة التزامات يجب الوفاء بها قبل ابرام العقد ، استنادا إلى سيادة مبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد لحماية الثقة المشروعة في المعاملات ، بهدف تحقيق الغاية من التفاوض وهي الوصول إلى ابرام عقد قائم على رضا مستنير بالتعاقد او الوصول إلى قناعة عدم جدوى التعاقد والانطلاق عن المفاوضات بأقل كلفة ، وهذا ما يجنبنا منازعات ربما تحدث بعد ابرام العقد بحجة عدم تبصر هذا الطرف او ذاك بالتعاقد او المطالبة بالتعويض عن قطع المفاوضة قبل ان يتحقق الغرض منها. وفيما يخص عقود الامانة (المرابحة ، التولية ، الوضعية ، الأشراف ) فهناك التزامات تقع على عاتق البائع الامين قبل عملية البيع يجب الالتزام بها وهذه الالتزامات لها اساس قانوني يجب توضيحه لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين نوضح في النوع الفرع الاول الالتزامات الراجعة إلى مرحلة ما قبل التعاقد ونوضح في الفرع الثاني اساس الالتزامات ما قبل مرحلة التعاقد.

<sup>1</sup> لاحظ: محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، دراسة في القانونين المصري والفرنسي ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، 1995 ، ص 15-16

<sup>2</sup> لاحظ: الكاساني ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ص 134

<sup>3</sup> لاحظ: صلاح الدين زكي ، تكون الروابط العقدية فيما بين الغائبين ، دار النهضة العربية ، ط 1 ، سنة 1963 ،

## الفرع الاول

### التزامات ما قبل مرحلة التعاقد

تتضمن مرحلة ما قبل التعاقد عدة التزامات نذكرها كالآتي :-

#### اولا :- الالتزام بالاعلام :

تجدر الإشارة إلى ان الفقه يطلق على هذا الالتزام عدة تسميات فالبعض يرى انه التزام بالاعلام<sup>1</sup> او الالتزام بالتبصير<sup>2</sup> والبعض الآخر يرى انه التزام بالافضاء بالبيانات والمعلومات<sup>3</sup> بينما يرى آخرون انه التزام بالاخبار<sup>4</sup> .

وان هذا الالتزام ينشأ خلال فترة المفاوضات العقدية والمعلومات ذات صلة وثيقة بمحل العقد ، لذا فانها تؤثر على رضا المتعاقد فان حجت عنه كان رضاؤه قائما على غير تبصر او انه ما كان ليبرم العقد لو علم بهذه المعلومات او على الاقل ما كان ليبرمه بالشروط التي تم بها التعاقد<sup>5</sup> ويمكن تعريفه كذلك بانه الالتزام الذي ينشأ في مرحلة المفاوضات العقدية والذي يفرض على طرفي المفاوضة تزويد الطرف الآخر بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد تلك المعلومات التي يعلم او ينبغي العلم بها ما دامت هذه المعلومات مجهولة للدائن بها<sup>6</sup> ولتحقق الالتزام بتقديم المعلومات لابد من ان تكون هذه المعلومات ضرورية للتعاقد وان يكون المدين لها عالما بها او كان يجب عليه ان يعلم بها وان تكون هذه المعلومة مجهولة للطرف الآخر وعليه فان لابد من تحقق شروط ثلاثة لقيام هذا الالتزام ، وهي :

وفيما يخص الالتزام بالاعلام في عقود الامانة فانه التزام البائع بأخبار المشتري بالثمن الحقيقي الذي اشترى بها فالمشتري يشتري المبيع بناء على ثقته بامانة البائع بالاخبار بالثمن الحقيقي المشتري به.

وبالاضافة إلى ذلك يجب على البائع بيان كل أمر ذي تأثير في المبيع أو رأس المال والا جاز للمشتري فسخ العقد<sup>7</sup> ومن الامثلة على ذلك يجب على البائع ان يبين فيما اذا كانت السلعة قد بقيت عنده على حالها او اصبحت بعيب تؤثر على رضا المشتري بالصفقة . ومن الامثلة على هذه البيوع

<sup>1</sup> لاحظ هادي مسلم البشكاني ، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، دراسة قانونية ، دار الكتب القانونية ، المرحلة الكبرى ، 2009 ص 313

<sup>2</sup> لاحظ:نبيل ابراهيم سعد ، العقود المسماة ، عقد البيع ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2004

<sup>3</sup> لاحظ:د.نزيه محمد الصادق ، الالتزام قبل التعاقد بالافضاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود ، دراسة فقهية قضائية مقارنة دار النهضة العربية ، 1999 ص 3

<sup>4</sup> لاحظ:د.السيد محمد السيد عمران ، الالتزام بالاعلام الالكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت ، الدار الجامعية ، بيروت 2006 ، ص9

<sup>5</sup> لاحظ:صبري حمد خاطر ، التزام بتقديم المعلومات ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد 11 العدد الاول - 1996 ، ص 169

<sup>6</sup> لاحظ:سليمان براك الجميلي ، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة ) اطروحة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهرين 1998 ص59

<sup>7</sup> لاحظ:الفقرة الثالثة من المادة 480 مدني اردني

كما لو باع شخص سيارته بالثمن الذي اشتراها به وبين مقدار هذا الثمن للمشتري او حصل الاتفاق على ان يبيعها له بثمانها مع زيادة بمقدار مائة الف دينار او مقدار 5 % من ثمنها او مع نقصان بمقدار مائة الف دينار وغير ذلك من الامثلة<sup>1</sup> وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (121) من القانون المدني العراقي<sup>2</sup> على ما يلي :-

" يعتبر تغريرا عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة" فيجب على البائع في بيع الامانة ان لا يكتم على المشتري أي أمر مؤثر في المبيع لان ذلك سينعكس على الثمن فكتمانه يؤدي إلى اختلال رضا المشتري الذي وثق بالبائع وامانته ، فلو اشترى شخص سلعة وحدث بها عيب عنده وجب عليه اعادة بيعها امانة ان يبين ذلك للمشتري . حتى يعلم ان رأس مال المبيع انما دفع مقابل السلعة قبل تعييبها فقبل الشراء على اساسه من عدمه ، وكذلك لو كان البائع قد اشترى المبيع واخذ ثماره فعليه بيان ذلك لمن يشتريه ، فلو اشترى شخص بستانا بأشجاره المثمرة او قطيعا من الغنم بثمان معين فلا يجوز له بعد قطف الثمر وجز الصوف ان يبيعه من جديد امانة على اساس جميع الثمن الذي اشتراه به دون بيان ذلك للمشتري لان الثمار مبيعه كالأصل ، فلا يجوز بيع الأصل من غير ثمر بثمان الأصل والثمر لانه جسر لبعض المبيع وبيع للباقي بثمان الكل<sup>3</sup> حيث يجب على البائع بيان كل أمر مؤثر في رأس المال ، فلا يجوز للبائع اذا اشترى المبيع بثمان مقسط او مؤجل ان يكتم ذلك على المشتري لانه يؤثر في مقدار رأس المال ، فالأجل كما يذهب جانب من الفقه الاسلامي ، له شبهة المبيع وان لم يكن مبيعا حقيقة لانه مرغوب فيه ، بدليل ان البائع في الغالب يزيد في الثمن ان كان البيع بالاجل او التقسيط ، فيصير البائع ، اذا كتم التأجيل ، كمن اشترى شيئين ثم باع احدهما بثمان الجميع . وكما يجب على البائع اذا حصل على المبيع صلحا من دين له على آخر ان يبين ذلك ولا يقول بانه اشتراه بثمان مقدار كذا . ذلك ان الصلح يقوم على التساهل والتجاوز ، فقد يقبل الشخص ان يأخذ صلحا ما يقل عن قيمته عن دينه ، فلا بد من البيان ليعلم المشتري انه سامح ام لا فيقع التحرز عن التهمة<sup>4</sup>

### **ثانيا : - الالتزام بالاستعلام :**

يلتزم المتفاوض بان يسعى بالذات او بالواسطة إلى العلم بكل ما هو ضروري ومؤثر في القرار فعلى كل متفاوض ان يبذل الجهد ليستعلم عن ظروف وملابسات كل عملية موضوع التفاوض<sup>5</sup>

<sup>1</sup> لاحظ: علي هادي العبيدي ، العقود المسماة ، مرجع سابق ص 69

<sup>2</sup> تنص الفقرة الثالثة من المادة (480) من القانون المدني الاردني على انه : (( اذا لم يكن رأس مال المبيع معروفا عند التعاقد فالمشتري فسخ العقد عند معرفته ، وكذا الحكم لو كتم البائع أمرا ذا تأثير في المبيع او رأس المال ويسقط خياره اذا هلك المبيع او استهلك او خرج من ملكه بعد تسلمه )) .

<sup>3</sup> لاحظ: الدكتور عدنان السرحان ، شرح احكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية ، ج 1 ، عقد البيع ، دار وائل للنشر ، عمان ، الاردن ، ط 1 2005 ص 186 ، 187

<sup>4</sup> لاحظ: د. عدنان السرحان ، شرح احكام العقود المسماة ، مرجع سابق ص 187

التفاوض<sup>1</sup> حيث يجب على البائع الأمين في عقود الأمانة ان لا يكتفي بالمعلومات الموجودة لديه عن ثمن البيع وانما الاستعلام عن جميع البيانات والمعلومات التي لا يعرفها والمعيار في هذا الالتزام يعد التزاما ببذل عناية كقاعدة على انه في بعض الاحيان قد يمثل التزاما بالضمان او بتحقيق نتيجة ، فاذا كان الأمر يتعلق بالمعلومات والبيانات الجوهرية مثل رأس مال المبيع فان الالتزام بالاستعلام فيه التزام بتحقيق نتيجة وعلى ذلك فان المدين لا يستطيع ان يتخلص من جزاء الاخلال به بغير اثبات وجود السبب الاجنبي ، الا انه يمثل التزاما ببذل عناية حين يتعلق الأمر بمعلومات غير جوهرية . وكذلك يجب على المشتري بذل الجهد اللازم للاستعلام عن المعلومات والبيانات الضرورية عن ثمن المبيع الأصلي والظروف المحيطة به فلا يجب ان يعتمد اعتمادا كلياً على اخبار البائع له.

### **ثالثاً: - الالتزام بالاستقامة :**

مضمون هذا الالتزام هو عدم تقديم أي من الطرفين إلى الآخر ايه بيانات او معلومات مغلوطة او مبتسرة او مفرطة في التفاؤل او مفرطة في التشاؤم او بالية حيث انه في كل هذه الاحوال قد تؤدي هذه البيانات او المعلومات التي تشترك جميعاً في صفة واحدة وهي انها " غير حقيقية " إلى التعاقد<sup>2</sup> .

على البائع الالتزام بالاستقامة بالادلاء بالبيانات ونقص بالبيانات الثمن او رأس المال وكل ما يحيط به من الأمور وان أي غلط في الاخبار به يؤدي إلى الاخلال بالثقة الممنوحة للبائع والتي هي اساس الأمانة المبني عليها هذه النوعية من العقود.

## **الفرع الثاني**

### **أساس الإلتزامات في مرحلة ما قبل التعاقد**

اثارت مسألة تحديد الأساس القانوني لالتزامات الأمين ( البائع ) الراجعة إلى ما قبل مرحلة التعاقد خلافاً فقهيًا وقيلت بشأنها عدة آراء وسنعرض هذه الآراء بصورة مختصرة تباعاً :-  
الرأي الاول / يرى الفقيه (Starck) ان الاساس القانوني لالتزام البائع في مرحلة ما قبل التعاقد وخاصة الالتزام بالاعلام له وجهان :- اما الاول فهو اساس مشتق من التدليس اذ يرى هذا الفقيه اننا متى ما اعتبرنا او سلمنا بوجود التدليس كعيب من عيوب الارادة فان ذلك يعني وجود هذا الالتزام في مرحلة التفاوض ، فالمفاوض الذي يكتسب معلومات ضرورية للتعاقد عن المفاوض الآخر ، فانه يكون قد ارتكب مناورات تدليسية ويثور ذلك على وجه الخصوص ، اذا لم تكن هناك مساواة بين المتفاوضين سواء كان ذلك يتفوق احدهما على الآخر بالخبرة المهنية ام الكفاءة الاقتصادية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> لاحظ: د. محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض دراسة في القانونين المصري والفرنسي ، مرجع سابق ، ص 23

<sup>2</sup> لاحظ: د. محمد حسام محمود لطفي ، المرجع السابق ، ص 26

<sup>3</sup> لاحظ: سليمان باراك الجميلي ، المفاوضات العقدية ، مرجع سابق ص 63

اما الوجه الثاني فهو اساس يتعلق باحكام المسؤولية المدنية وذلك ان الاخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى الاضرار بالدائن بهذه المعلومات والتعويض الذي يحكم به لجبر الضرر سواء كان تكميليا إلى جانب ابطال العقد او انه يحكم به دون ابطال العقد بغض النظر عن العيوب التي اصابته الرضا<sup>1</sup> على ان هذا الرأي محل نظر ، ذلك ان هذه الالتزامات لا يمكن رده إلى التدليس الذي ينصب على ركن الرضا ليكون عيبا من عيوبه لان بحث التدليس لا يثور الا بعد ابرام العقد في حين ان الاخلال بهذه الالتزامات قد يؤدي إلى قطع المفاوضات.

الرأي الثاني / يرى الفقيه (Iuc-Bihl) ان لهذه الالتزامات بصورة عامة اساسا مزدوجا بحسب ما اذا كان بمناسبة عقد البيع او غيره من العقود ، اما اذا كانت بمناسبة عقد بيع فانه يجد اساسه في المادة (1602) من القانون المدني الفرنسي التي ينص على ان البائع ملزم بان يبين بوضوح ما يلتزم به وكل اتفاق مبهم او غامض يفسر لصالح المشتري . اما اذا كان بمناسبة عقد غير البيع فان له نظاما مستقلا.

الا ان هذا الرأي لا يمكن التسليم به لان هذه المادة لا تطبق على العقد بجميع مراحله وخاصة المفاوضات وتكوين العقد إلى جانب ذلك ان هذا الرأي لا يبدو منطقيا لان تغيير الاساس يؤدي إلى تغيير في جوهر الالتزام ذاته<sup>2</sup>.

#### الرأي الثالث/ مبدأ حسن النية

ان مبدأ حسن النية هو الصدق والاخلاص والاستقامة والنزاهة وعدم الغش<sup>3</sup> وحسن النية يجب ان يسود مرحلة التفاوض كسيادته مرحلة التنفيذ فأذا اخل المدين بالالتزامه فانه يكون قد خالف واجبات حسن النية في التعامل<sup>4</sup> . اذن فمبدأ حسن النية اساس هذه الالتزامات وان الاستناد اليه يكفي لتحديد مضمون هذه الالتزامات بما يلائم دوره في حماية الرضا.

واذا كان قد ورد نص في القانون المدني العراقي على وجوب مراعاة حسن النية الا انه اقر بهذا المبدأ فقط في مرحلة تنفيذ العقود ، وذلك في المادة (150) والذي نص على ان ( 1- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . فان ذلك لا يعني قصر مراعاة هذا المبدأ على مرحلة التنفيذ فقط بل يشملها ويشمل مرحلة المفاوضات وان هذا المبدأ اصبح من المبادئ العامة التي تحكم جميع الروابط القانونية وعلى الاخص العقود<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نقلا عن : ، د.صبري حمد خاطر ، الالتزام بتقديم المعلومات ، مرجع سابق ص174

<sup>2</sup> نقلا عن : ، د.صبري حمد خاطر ، الالتزام بتقديم المعلومات ، المرجع السابق ص177

<sup>3</sup> لاحظ: عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في تنفيذ العقود. مرجع سابق ، ص83

<sup>4</sup> لاحظ: د.صبري حمد خاطر ، الالتزام بتقديم المعلومات ، مرجع سابق ص173

<sup>5</sup> 50 ، P ، 1976 ، D ، 1975 ، 21 nov ، Paris

نقلا عن د.صبري حمد خاطر ، مرجع نفسه ص173

وان مبدأ حسن النية محدد في اطار المفاوضات العقدية بان يتصرف المتفاوض بشرف وامانة فكل ما يخل بأعتبارات الامانة في المفاوضات يعتبر مخالفا للمبدأ.

## المطلب الثاني

### الالتزامات الناجمة من عقود الامانة

هناك جملة من الالتزامات ألتى تتجم من عقود الامانة ومن اجل ان نشرحها ونفصلها فسوف ندرس هذه الالتزامات في فرعين نبيين في الفرع الاول ، الالتزامات الراجعة إلى طبيعة الامانة في العقود ونبين في الفرع الثاني الالتزامات الراجعة إلى تحديد نوع العقد .

## الفرع الاول

### الالتزامات الراجعة إلى طبيعة الامانة في العقود

ان الالتزامات التي تقع على عاتق البائع في عقود الامانة هي تقريبا الالتزامات العامة الموجودة نفسها في كافة عقود البيع الأخرى حسب القواعد العامة في القانون المدني وسنعرضها تباعا:-

#### اولا :- نقل الملكية :

نص القانون المدني العراقي<sup>1</sup> في المادة 535 على ان (يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع إلى المشتري وان يكف عن اي عمل من شأنه ان يجعل نقل الملكية مستحيلا او عسيرا). من خلال هذا النص يتبين ان الملكية بوجه عام تنتقل إلى المشتري بمجرد التعاقد دون اي حاجة من البائع للقيام بأي عمل ، فمجرد التعاقد ودون ان يقترن بالتسليم فان ملكية المبيع المعين بذاته تنتقل للمشتري ، ولهذا فانه يستنتج من هذا النص ان الملكية تنتقل للمشتري بدون حاجة بان يقوم البائع بنقلها فلو قام شخص ببيع مروه كهربائية خاصة فان ملكية هذه المروحة تنتقل بمجرد التعاقد دون اي اجراء يقوم به البائع<sup>2</sup> ، لان المبيع معين بذاته.

<sup>1</sup> نص القانون المدني الاردني في الفقرة الاولى من المادة 485 على ان (تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع إلى المشتري ما لم يقضي القانون او الاتفاق بغير ذلك) ،

<sup>2</sup> لاحظ: محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني 'مكتبة دار الثقافة' ، الاردن ، ط1 ، 2004 ، ص221

**ثانياً :- تسليم المبيع :** نص القانون المدني العراقي<sup>1</sup> في المادة (536) على ان ( على البائع

ان يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن ، ولو شرط اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز) يجب على البائع تسليم المبيع ذاته لا شيئاً آخر وان كان افضل منه متى كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فلو باع شخص سيارته إلى شخص آخر فلا يجوز تسليم سيارة أخرى وان كانت افضل ، ويختلف الحكم فيما لو كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع اذ يجوز للبائع تسليم شيء آخر من نفس النوع والجودة<sup>2</sup>.

**ثالثاً :- ضمان التعرض والاستحقاق :**

يلتزم البائع بان يمكن المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة تخلو من اية تعرضات صادرة عنه او عن الغير . ويضمن البائع للمشتري التعرضات الصادرة عنه سواء كانت مادية او قانونية ، واما التعرضات الصادرة من الغير فالبائع لا يضمن الا التعرضات القانونية وحدها دون المادية ، ويضمن البائع للمشتري ثبوت اية حقوق للغير على المبيع اذا كان سبب الاستحقاق سابقاً على عقد البيع<sup>3</sup> وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي<sup>4</sup> في المادة (549) (1- يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعلا اجنبي يدعي ان له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري 2- ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد ).

**رابعاً :- ضمان العيوب الخفية :**

الأصل ان البائع حين ينقل ملكية المبيع إلى المشتري يلتزم كذلك بنقل هذه الملكية بصورة تكون حيازة المشتري لها حيازة مفيدة ، ولا تكون كذلك الا اذا كان المبيع خالياً من العيوب الخفية المؤثرة فأذا وجد عيب مؤثر وخفي كان للمشتري الحق في الفسخ او ابطال العقد للغلط الجوهرى<sup>5</sup> والعيب لا يكون موجبا للضمان في عقد البيع الا اذا توافرت فيه شروط وهي :-

الشرط الاول / ان يكون العيب مؤثراً

الشرط الثاني / ان يكون العيب قديماً

الشرط الثالث / ان يكون العيب خفياً

الشرط الرابع / ان يكون غير معلوماً للمشتري

<sup>1</sup> نص القانون المدني الاردني في المادة 488 على ان (يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر وان يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية اليه)

<sup>2</sup> لاحظ: علي هادي العبيدي ، العقود المسماة ، مرجع سابق ، ص 94

<sup>3</sup> لاحظ: د. عبد الرحمن احمد جمعه الحلالشة ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، عقد البيع ، دار وائل للنشر ، عمان ، الاردن ، ط 1 ، 2005 ، ص 382

<sup>4</sup> نص القانون المدني الاردني في المادة 503 على ان (1- يضمن البائع سلامة المبيع من اي حق للغير يعترض المشتري اذا كان سبب الاستحقاق سابقاً على عقد البيع 2- ويضمن البائع ايضاً اذا استند الاستحقاق إلى سبب حادث بعد البيع ناشئ عن فعله) ،

<sup>5</sup> لاحظ: الدكتور منذر الفضل والدكتور صاحب الفتلاوي ، شرح القانون المدني الاردني ، العقود المسماة ، مكتبة دار الثقافة ، عمان - الاردن ، طبعة جديدة منقحة ، 1996 ص 117 ،



وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي<sup>1</sup> في المادة (558) حيث نص على ان ( 1- اذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى 2- والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه ، ويكون قديما اذا كان موجودا في المبيع وقت العقد او حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.

## الفرع الثاني

### الالتزامات الراجعة إلى تحديد نوع العقد

لقد تناولنا بالبحث التزامات البائع والمشتري حسب القواعد العامة التي تطبق في عقد البيع بشكل عام ، والمهم هنا هو البحث عن الآثار الخاصة بعقود الامانة التي تكلم عنها الفقه الاسلامي ، لانها مؤسسة على الامانة التي يودعها المشتري بالبائع فيخونها بالكذب او الغش او اخفاء بعض الأمور الخاصة بالمبيع وسوف نبحث هذه الالتزامات حسب نوع كل عقد على حدة.

#### اولا :- التزامات البائع في عقد المراجعة :

نظم القانون المدني العراقي<sup>2</sup> بعض التزامات المتعاقدين في عقد المراجعة في الفقرة الثالثة من المادة (530) منه جاء فيها ( ويلزم في هذه البيوع ان يكون الثمن معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة ). وهذا يعني ان القانون المدني العراقي ذكر عبارة ( تحرزا عن الخيانة والتهمة ) ولم يحدد المقصود بها هل كذب البائع في مقدار الثمن ام ثبوت الخيانة او شبهة الخيانة او التهمة ، اما الفقه الاسلامي فقد ذكر انواعها وهي ( العيب ، الزيادة ، الاجل<sup>3</sup> ).

#### ثانيا :- التزامات البائع في عقد التولية :

بالرجوع إلى القانون المدني العراقي<sup>4</sup> من خلال الفقرة الثالثة من نص المادة (530) والذي جاء فيها (ويلزم في هذه البيوع ان يكون الثمن معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة) يتبين لنا انه يقع على البائع التزامات البائع في عقد المراجعة نفسها فيما عدا انه لا يوجد زيادة في رأس المال لكونه عقد تولية أي الشراء بنفس ثمنه الأصلي دون زيادة وهذه الالتزامات هي :-

<sup>1</sup> نص القانون المدني الاردني في المادة ( 513 ) على ان ( اذا ظهر في المبيع عيبا قديما كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله في الثمن المسمى وليس له امساكه والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن ويعتبر العيب قديما اذا كان موجودا في المبيع قبل العيب او حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم )

<sup>2</sup> نص القانون المدني الاردني في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 480 منه فجاء فيها ( 2- اذا ظهر ان البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال فللمشتري حط الزيادة 3- واذا لم يكن رأس مال المبيع معروفا عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته ، وكذا الحكم لو كتم البائع أمرا ذا تأثير في المبيع ساوى رأس المال ويسقط خياره اذا هلك المبيع او استهلك او خرج من ملكه بعد تسلمه )

<sup>3</sup> لاحظ: أ ، د. جعفر محمد جواد الفضلي ، ديسري وليد ابراهيم ، مجلة الرافدين ، بيوعات الامانة ، مرجع سابق ، ص23

<sup>4</sup> لاحظ الفقرة الثانية والثالثة من المادة (48) من القانون المدني الاردني

أ/على البائع عدم الخيانة لان هذا العقد مبني على الامانة أي ثقة المشتري بالبائع فيخونها عندما يبيعه بئمن حال ثم يتبين للمشتري انه مؤجل او يظهر فيه عيب او زيادة كما ذكر ذلك في عقد المراجعة فيطبق ما قيل فيها<sup>1</sup> ، فلا يجوز للبائع اذا اشترى المبيع بئمن مقسط او مؤجل ان يكتم ذلك على المشتري لانه يؤثر في مقدار رأس المال<sup>2</sup>

ب/ وعلى البائع عدم الكذب في مقدار الثمن بالزيادة طمعا في الحصول على ثمن اعلى وهذا التزام لم يذكره القانون المدني العراقي بل ذكر فقط الالتزام الاول.

ان البائع ملزم بأبلاغ المشتري بالأمور الثلاثة الاتية لكي يكون مؤديا لالتزامه الصحيح وهي

-:

1- ان يكون المبيع خاليا من العيب ، فأذا عيب المبيع بعيب قديم فيجب عليه ابلاغ المشتري به ، وحتى اذا كان عيب حادث فليزم البائع بأخبار المشتري به اذا حدث بفعله او بفعل غير او بفعل افة سماوية لان المشتري اعتمد على امانة البائع في اخباره بكل الظروف التي تحيط بالمبيع وعدم تعييه فالبائع يضمن العيوب الخفية القديمة والحديثة ، اذا كانت الاخيرة ناجمة منه بدون ارادة المشتري.

2- على البائع اخبار المشتري اذا حدثت ولادة جديدة وزيادة مثل الثمر واللبن وغيرهما مما تزيد الثمن فالزيادة المتولدة عن المبيع تمنع من بيعه مرابحة حتى يبين ذلك للمشتري ، واذا باعه دون ان يبين الزيادة اعتبر ذلك كذب وغش للمشتري . فعلى البائع بيان كل أمر مؤثر في المبيع<sup>3</sup> .

3- على البائع اخبار المشتري بالثمن الحقيقي للمبيع وعدم الكذب فأذا ثبت كذبه بالثمن بدليل من ادلة الاثبات فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بالثمن المسمى وان شاء رده . فعقد الامانة تعتمد على امانة البائع في الاخبار بالثمن الحقيقي وهذه العقود انما وجدت لحماية المتعاقدين والمتهاون الذي لا يعرف بالتجارة لكي لا يقع في الغش والتغدير . وذلك يؤدي إلى خلل في رضا المتعاقدين فيدفعه إلى الشراء بئمن ربما لم يكن ليرضى الشراء به.

### ثالثا :- التزامات البائع في عقد الوضعية

نص القانون المدني العراقي<sup>4</sup> في الفقرة الثالثة من المادة ( 530 ) على انه (.....). تحرزا عن

الخيانة والتهمة ) يتبين انه التزامات البائع في عقد الوضعية حسب هذا القانون هي :-

1- عدم الخيانة والشبهة لان هذا العقد مبني على الثقة والامانة كما ذكرنا سابقا.

<sup>1</sup> لاحظ: ا ، د. جعفر محمد جواد الفضلي ، ديسري وليد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 37

<sup>2</sup> لاحظ: عدنان السرحان ، شرح احكام عقود المسماة ، مرجع سابق ، ص 187

<sup>3</sup> لاحظ: عدنان السرحان ، شرح احكام عقود المسماة ، مرجع سابق ، ص 186

<sup>4</sup> لاحظ: الفقرة الثانية والثالثة من المادة 480 من القانون المدني الاردني

2- عدم الكذب في الثمن الاول ولقد ذكرنا ذلك ايضا .ولكن هذا الالتزام لم ينص عليه القانون المدني العراقي وانما ذكر في الفقه الاسلامي .

#### **رابعاً :- التزامات البائع في عقد الاشراك :**

وهي الالتزامات نفسها المذكورة سابقا في عقد التولية والوضيعة ولم يذكر هذا العقد كثيرا ولم يأخذ مكانته سواء في التعريف أو في تحديد إلتزامات البائع كباقي عقود الامانة.

## الفصل الثالث

### أحكام الخيانة في عقود الأمانة

## الفصل الثالث

### أحكام الخيانة في عقود الامانة

الخيانة في عقود الامانة لها أحكام تنطلق من فرضيتين مهمتين هما :-

1- لمّا كان المشرع قد عدّ مجرد الكتمان في عقود الامانة تتحقق معه الخيانة ، بالمعنى الذي اعتمده القانون المدني ، إذ يؤدي ذلك إلى تحقيق حالة من حالات التغيرير ، ومن المعلوم ان التغيرير إذا صاحبه غبن فاحش فان من شأن ذلك ان يجعل العقد موقوفاً على إجازة الشخص الذي وقع ضحية له ، لانه هو أحد عيوب الرضا التي نصّ عليها القانون ، وهذا هو الحكم الأول الذي من الممكن ان يترتب على الخيانة في عقود الامانة .

2- ما الحكم فيما لو كان مفهوم الخيانة قد جاوز مجرد الكتمان وعدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها من الشبهة بالبيان ، أو ان الخيانة - بمفهومها المدني الخاص - قد وقعت خارج نطاق هذه العقود التي سمّاها المشرع بهذه التسمية ، وحصلت في عقود أخرى ليست من البيوع ، لكنها تستلزم البيان تحرّزا من الخيانة والتهمة ، أو ان طبيعة التعاقد جعلها كذلك ، كالإيجار من الباطن والمقاولة من الباطن وبعض صور عقد التأمين ؟ والجواب ان حكم الخيانة هنا هو عينه حكم توافر الخطأ العقدي ، لان الخيانة في غير عقود الامانة التي سمّاها القانون والتي نعتقد انها عقود امانة بالقياس ، تمثل خطأ وقع به المتعاقد ويترتب عليه نهوض المسؤولية العقدية ، إذ سيلتزم مقترف الخطأ وهو ذاته مرتكب الخيانة ، بتعويض المتضرر عما أصابه من ضرر ناجم عن خطئه.

عليه سنبحث في هذا الفصل موضوعين مهمين في مبحثين منفصلين هما : الخيانة بوصفها عيب في الرضا ، والخيانة بوصفها إخلال بالتزام عقدي ( خطأ عقدي ).

### المبحث الاول

#### الخيانة عيب في الرضا

لم يحدد القانون المدني العراقي نصا يجمع جميع عيوب الرضا ، ولكن من خلال مراجعة المواد ( 112 - 125 ) يبين لنا ان عيوب الرضا او عيوب الارادة هي اربعة :- الاكراه ، الغلط ، والتغيرير مع الغبن والاستغلال .

والارادة المعيبة بعيوب الرضا هي ارادة موجودة والعقود التي تبرم على وفقها تكون ايضا موجودة ولكنها لا تكون نافذة في حق المتعاقد الذي شاب ارادته عيب فيستطيع ان يرفض تنفيذه فهو عقد موقوف على ارادته .

والذي يهمننا من عيوب الارادة هنا هو عيب التغرير مع الغبن الفاحش والذي يسمونه احيانا بالتدليس او الخداع . ويمكن النظر إلى التغرير مع الغبن الفاحش من ناحية المادية فالعبرة فيها بالوسائل المادية التي اوقعت في الغش وما يمكن ان تكون لهذه الوسائل من اثر لا في نفس المتعاقد بالذات بل في نفس الرجل العادي ، ويمكن النظر اليه من الناحية النفسية والعبرة فيها تكون بما قام بنفس المتعاقد من وهم من جراء الغش .

والقوانين تتراوح بين هاتين النظريتين إلى عيوب الرضاء. فمنها ما تأخذ بالناحية المادية وتكون العيوب في هذه القوانين عيوباً في العقد لا في الرضاء وهذا هو موقف القوانين الانكليزية والجرمانية ، ومن هذه القوانين ما يأخذ بالناحية النفسية وتكون العيوب في هذه القوانين عيوباً في الارادة لا في العقد ، وهذه هي القوانين اللاتينية<sup>1</sup> حيث ان الغبن لا يماشى سائر العيوب من هذه الناحية ، فالقوانين الجرمانية التي تأخذ بالوجهة المادية في عيوب العقد تأخذ بالوجهة النفسية في الغبن اما القوانين اللاتينية فعلى العكس من ذلك ، تأخذ بالوجهة المادية في الغبن وبالوجهة النفسية في العيوب الأخرى<sup>2</sup> والأصل ان الانسان لا يلزم ولا يلتزم في الالتزامات التعاقدية الا بما ارتضاه ، أي بما انصرفت اليه الارادة الحرة ، فلكي تنشأ الارادة هذه الالتزامات يجب ان تكون حرة مبصرة سليمة من كل عيب قد يشوبها<sup>3</sup> .

فنظرية عيوب الرضاء تتصل اتصالاً وثيقاً بنظرية سلطان الارادة وبمذهب الفردي إذ ان إرادة الفرد ، لها المقام الاول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب اثارها ، ويجب ان تكون الإرادة الفردية على هدى واختيار ، والا فالارادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست ارادة صحيحة ، فلا يكون لها سلطان كامل<sup>4</sup> واذا كان التغرير المقترن بالغبن توقف العقد حسب المادة ( 121 ) من القانون المدني العراقي

وكذلك جاء في المادة 134 من القانون المدني العراقي على ان ( اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقدين ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما ان له ان يجيزه ، فأذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها ) . وهذا النص قد لا يطبق على حالات عقود الامانة ، لان الغار هو البائع في هذه العقود ، وحتى لو افترضنا ان المشتري رجع بدعوى الغبن على البائع فان خروج المبيع من يده يمنعه من ذلك فيرجع بالتعويض فقط وهذا مانصت عليه المادة (123) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه (يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير او اصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الاخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم به او كان الشيء قد

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم الوسيط ، في نظرية العقد ، ، مرجع سابق ص 223

<sup>2</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 348

<sup>3</sup> لاحظ: د. عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 102

<sup>4</sup> لاحظ: د. د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 1 ، ص 248

استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري . ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الاحوال). ، وهذا النص قد نصّ على الحالات التي تمنع المغرور من المطالبة بنقض العقد لان العقد يعد نافذاً بحكم القانون ، وبالتالي تقتصر المطالبة على التعويض فقط ، وهذا ما يدخل حالة الخيانة في عقود الامانة في زاوية الإخلال بالتزام عقدي مما يترتب عليه نهوض مسؤولية البائع ، وهذا ما سنعالجه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

لذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في المطلب الاول الخيانة الموجبة لوقف العقد والمطلب الثاني لحق ممارسة خيار الإجازة أو النقص .

## المطلب الاول

### الخيانة الموجبة لوقف العقد

نص القانون المدني العراقي<sup>1</sup> في المادة ( 121 ) على انه ( 1- اذا غرر احد المتعاقدين وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون ، فأذا مات من غرر بغبن تنتقل دعوى التعجير لوارثه 2- ويعتبر تعجيراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراجعة والتولية والاشراك والوضيعة ) .

يتبين من المادة 121 من القانون المدني العراقي انه يشترط لاعتبار التعجير سببا في وقف العقد ان يكون مقترنا بالغبن .

وقد عرفنا التعجير في الفصل الاول انه ايها الشخص بما يرغبه في التعاقد او توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية

اما الغبن فقد عرفه اهل اللغة بانه النقص ومنه قيل: غبن فلا ثوبه اذا اثنى طرفه وخاطه ويطلق الغبن على الغلب والخداع<sup>2</sup> .

الغبن : ان تبخس صاحبك في معاملة بينك وبينه بضرب من الاخفاء ، فان كان ذلك في مال يقال : غبن فلان ، وان كان في رأي يقال : غبن .

وغبنت كذا غبنا : اذا غفلت عنه فعددت ذلك غبنا ويوم التغابن يوم القيامة لظهور الغبن في المبايعة المشار اليها بقوله تعالى ( ومن الناس من يشري نفسه ابتغاء مرضات الله )<sup>3</sup> وبقوله تعالى ( ان الله اشترى من المؤمنين )<sup>4</sup> وبقوله ( الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا )<sup>1</sup> فيعلمو انهم

<sup>1</sup> نص القانون المدني الاردني في المادة 145 منه على انه ( اذا غرر احد العاقدين بالآخر وتحقق ان العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد ) ظاهر من هذا النص ان القانون المدني الاردني قد اخذ بالتعجير المقترن بالغبن ولكنه يؤدي إلى فسخ العقد ، وهذا موقف غريب ، لان الفسخ يترتب على الإخلال بالتزامات العقدية ، ونحن ما زلنا في مرحلة إبرام العقد ، ( لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، خواطر مدنية ، مرجع سابق ، ص 122 ) .

<sup>2</sup> لاحظ: الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، مرجع سابق ، ص 133

<sup>3</sup> سورة البقرة / الآية (207)

<sup>4</sup> سورة البقرة / الآية (111)

غبنو فيما تركو من المبايعة ، وفيما تعاطوه من ذلك جميعا ، وسأل بعضهم عن يوم التغابن ؟ فقال : تبدو الاشياء لهم بخلاف مقاديرهم في الدنيا ، قال بعض المفسرين : اصل الغبن : اخفاء الشيء ، والغبن بالفتح : الموضع الذي يخفى فيه الشيء<sup>2</sup>.

وغبنه في البيع والشراء غبنا من باب ضرب مثل غلبه فانغبين وغبنه أي : نقصه وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون ، أي منقوص في الثمن او غيره<sup>3</sup> وغبن فلانا في البيع والشراء غبنا وغبنا خدعه فهو غابن والمخدوع مغبون<sup>4</sup>.

اما اصطلاحا فقد عرف الغبن بتعريفات عدة منها ، انه بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة ، ان تبخس صاحبك في معاملة بينك وبينه في ضرب من الاخفاء او النقص في احد العوضين بان يكون احدهما اقل مما يساويه عند التعاقد او ان يشتري بأكثر من القيمة بكثير او يبيع بأقل من القيمة بكثير<sup>5</sup>.

فالغبن هو عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد أي عدم التعادل بين ما يبذله العاقد وما يأخذه ، قد ينظر اليه من الناحية المادية وهذا ما يعرف اصطلاحا بالغبن ، وقد ينظر اليه من الناحية النفسية فيسمى استغلالا . والغبن نوعان : الغبن اليسير والغبن الفاحش والغبن اليسير هو ما كان داخلا تحت تقويم المقومين . أي تقدير الخبراء للشيء محل العقد فإذا بيع شيء بتسعين دينارا وقومه احد الخبراء بتسعين وقومه خبيرا آخر بثمانين وخبير ثالث بمائة كان الغبن يسيرا واعتبر يسيرا لان النقص فيه ليس متحققا بل محتملا فقط<sup>6</sup> اما الغبن الفاحش فهو الغبن الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين . كما ان الفقرة (2) من المادة (1077) من القانون المدني العراقي حددت متى يعد الغبن فاحشا ، فنصت على انه : (( ويعتبر الغبن فاحشا متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار )).

يلاحظ من نص المادتين (121 و 124) من القانون المدني العراقي انه لا يعتد بالتغريب الا اذا اقترن به غبن ، فإذا كان الغبن فاحشا اصبح العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون وان كان الغبن يسيرا كان العقد نافذا واقتصر حق العاقد المغبون على الرجوع بالتعويض حسب نص المادة ( 123 ) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها ( يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير او اصابه غبن فاحش وكان التغريب لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم به وكان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن او هلك او حدث فيه عيب او تغيير جوهري ويكون العقد نافذا في جميع هذه الاحوال.

<sup>1</sup> سورة ال عمران / الاية ( 77 )

<sup>2</sup> لاحظ: الراغب الاصفهاني ، مفردات الفاظ القرآن ، مرجع سابق ، ص 602

<sup>3</sup> لاحظ: الحموي ، المصباح المنير ، مرجع سابق ص 256

<sup>4</sup> لاحظ: بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مرجع سابق ، ص 651

<sup>5</sup> لاحظ: عبدالله بن ناصر السلمي ، الغش واثره في العقود ج 1 ، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، السعودية ، ط 1 ،

2004 ، ص 44

<sup>6</sup> لاحظ: د. انور سلطان ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ص 84



ففي حالة الغبن اليسير ، فإن العقد يظل نافذاً في حق المغبون ، ولكن له حق المطالبة بالتعويض . فالغبن اليسير لا يؤثر في رضا المتعاقد لأن هذا الغبن قلما يخلو منه العقد ، فالعاقد مهما احترز فلن يستطيع ان يتفاداه في كل عقود ، هذا بالإضافة إلى انه غبن محتمل ولذا جرت عادة الناس بأغفاله<sup>1</sup> والتغريب المقترن بالغبن في عقود الأمانة هو حكم الخيانة في صفة الثمن ، مثال ذلك ان يشتري البائع المبيع نسيئة ، ثم تبعية مرابحة لشخص ثالث ، فلا بد من بيان ذلك لان للاجل شبهة في البيع ، بمعنى انه يعتبر جزءا من المبيع وان لم يكن في الحقيقة مبيعا لانه مرغوب فيه بدليل ان ثمن البضاعة قد يزداد في حالة تأجيله فكان للاجل شبهة ، ان يقبله شيء من الثمن فيصير بمثابة ما لو اشترى شيئين ثم باع احدهما مرابحة على ثمن الجميع واذا علمنا بان الشبهة ملحقة بالحقيقة في هذا الباب وجب التحرز عنها وذلك عن طريق الايضاح<sup>2</sup> فمن يشتري مالا مؤجلا لايجوز له ان يبيعه مرابحة حتى يجيز المشتري بذلك لان الاجل يقابل جزءا من الثمن ولهذا ذهب عموم الفقه الإسلامي إلى ان بيع النسيئة مرابحة يكون صحيحا ولكن يثبت الخيار للمشتري بين الرد او امساك المبيع<sup>3</sup> .

اما لو كان المبيع قد اشتراه صاحبه من شخص مقابل دين له عليه أي اخذه صلحا فلا يجوز له بيعه بعقود الأمانة قبل ايضاحه للمشتري ، فالصلح مبناه على الحط من توضيح ذلك للمقابل ليتأكد ما اذا كان المشتري متساهلا مع من تصالح معه ام لا . فلو كان للبائع في ذمة المالك الف دينار ثم تصالحا على فرس بدلا منه ، فمن الممكن ان تكون الفرس بثمانمائة دينار فقد في السوق ، فإذا اراد البائع بيعها للمشتري مرابحة فانه سيقول له ان ثمنها الف دينار واربح عليك مائة<sup>4</sup> او اذا باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن فمن يقول بالتفريق ، ولم يبين حقيقة الحال<sup>5</sup> وهذه الاحوال كلها كلها تعتبر خيانة متمثلة في عدم الاخبار بالظروف والملابسات التي تحيط بالمبيع ورأس المال فقد قام البائع بالخيانة وذلك في اثبات فعل المحذور وذلك بكتمان في صفة الثمن اذا كان مؤجلا او كان بصلح او بالتقسيط وذلك بتعمد ونية ارتكاب الفعل المحذور تقع على المبيع مما يرغب في شرائه . فالغش المرتكب هنا او عملية التغريب مع الغبن يجعل العقد موقوفا . ويستطيع المشتري ان يثبت خيانة البائع بطرق الاثبات القانونية لان مسألة الخيانة بالنسبة للمشتري واقعة مادية يستطيع اثباتها بكافة وسائل الاثبات ومنها شهادة الشهود واليمين.

<sup>1</sup> لكن المشرع الاردني استثنى في هذا الحكم حالتين نص عليهما في المادة ( 147 ) بقوله (( اذا اصاب الغبن ولو كان يسيرا مال المحجور عليه للدين او المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقا لما لهما كان العقد موقوفا على رفع الغبن او اجازته من الدائنين والا بطل ))

<sup>2</sup> لاحظ: ابراهيم فاضل الدبو ، صور من التعامل المالي في الاسلامي ، مرجع سابق ص245

<sup>3</sup> لاحظ: د. جعفر محمد جواد الفضلي ود. يسرى وليد ابراهيم ، بيوعات الأمانة ، مرجع سابق ، ص20-21

<sup>4</sup> لاحظ: محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، مرجع سابق ، ص191

<sup>5</sup> لاحظ: د. عبدالله بن ناصر السلمي ، الغش واثره في العقود ، مرجع سابق ، ص196

## المطلب الثاني

### خيار إجازة العقد أو نقضه

لا شك ان عقود الامانة قد أقامها المشرع على الشفافية والمصادقية ، بحيث انه جعل مجرد الكتمان فيها حالة محققة للتغريب ، فإذا صاحب هذا التغريب غبنا فاحشا ، فان للعقد يعد موقوفاً على إجازة العاقد المغرور ، وفيما يأتي نتناول مفهوم العقد الموقوف في فرع ومفهوم إجازة العقد أو نقضه بفرع آخر.

## الفرع الأول

### تحديد مفهوم العقد الموقوف

نصت المادة (134) على انه (1- اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او إكراه او غلط او تغريب جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الإكراه او تبين الغلط او انكشاف التغريب كما ان له ان يجيزه . فاذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي . فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها . 2- وللعاقد المكره او المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الاخر . وان شاء ضمن المجرر او الغار . فان ضمن المجرر او الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الاخر . ولا ضمان على العاقد المكره او المغرور ان قبض البذل مكرهاً او مغروراً وهلك في يده بلا تعدٍ منه) . تضمنت هذه المادة معنى العقد الموقوف وبيان حكمه . فالعقد الموقوف هو العقد الذي لا يملك فيه العاقد الولاية على نوع التصرف او على المال . فالعقد ينشأ صحيحاً في هاتين الحالتين ولكن لا يمكن تنفيذه في الحال . بل يجب اجازته من قبل من يملك الاجازة. ويرجع عدم الولاية على نوع التصرف الى نقص الاهلية . اما عدم الولاية على المال ، فترجع الى عدم الملك او تعلق حق الغير . ويتمثل الاول في تصرف الفضولي وتصرف النائب اذا جاوز حدود نيابته فانه يكون فضولياً اذا جاوز حدود النيابة . ويتمثل الثاني في بيع مالك العين المؤجرة او المرهونة لهذه العين وبيع المريض مرض الموت اذا كان في البيع مجاباة جاوزت الثلث . والعقد الموقوف نظام مأخوذ من الفقه الاسلامي لا يعرفه الفقه الغربي.<sup>1</sup>

وحالات العقد الموقوف يمكن اجمالها فيما يأتي :

أ- العقد الموقوف لنقص الاهلية : كما هو معروف ان ناقص الاهلية لا يملك اجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فاذا قام باحدى هذه التصرفات فان تصرفه موقوفاً على اجازة من له حق الاجازة من ولي او وصي او قيم ، فاذا اجازته نفذ التصرف بأثر رجعي من حين صدوره ، فان لم يجزه انعدم واصبح التصرف باطلاً ويكون بمنزلة العقد او التصرف الباطل اصلاً . ويملك

<sup>1</sup> لمزيد من التفصيل لاحظ : أستاذنا زبير مصطفى حسين ، العقد الموقوف في القانون المدني العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة صلاح الدين ، 1998 ، (غير منشورة) ، ص12 وما بعدها .

ناقص الاهلية القانونية اجازة التصرف بنفسه وذلك بعد زوال نقص الاهلية القانونية . ويضاف الى نقص الاهلية عيوب الرضا - كما سبق ذكرها - .

ب-العقد الموقوف لتعلق حق الغير ، كبيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت : في حالة بيع المرهون او المستأجر وتصرف المريض مرض الموت نكون امام حالتين قانونيتين مختلفتين في الحكم ، الاولى : كون البائع او المريض مالكا لما يبيعه او يتصرف به ، وهذه الحالة تقتضي نفاذ التصرف . والثانية : تعلق حق الغير بالشيء المبيع او المتصرف به ، وهذه الحالة تقتضي عدم نفاذ البيع او التصرف لذلك لا يكون البيع او التصرف نافذاً في حق من تعلق حقه بالشيء . وذلك وفقاً للفقرة (1) من المادة (4) ق.م.ع. (اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع) . ومن ثم فلا بد في هذه الحالات وامثالها من اجازة الغير الذي تعلق حقه بالشيء والغير في هذه الحالات المتقدمة. هو المرتهن والمستأجر والورثة .

ج- العقد الموقوف لعدم الملك - تصرف الفضولي - : هو العقد الذي يبرمه الفضولي . والفضولي هو الشخص الذي يتدخل في شؤون الغير دون توكيل او نيابة . فحكم تصرف الفضولي موقوف على اجازة من له حق الاجازة . كالبيع الصادر من ناقص الاهلية القانونية فيكون للتصرف وجود قانوني ولكن يوقف اثره فلا تنتقل ملكية المبيع الى المشتري ويتوقف التزام المشتري بدفع الثمن . وقد نصت المادة (135) على ذلك بقولها (1- من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك . 2- فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل اذا كان قد قبضه من العاقد الاخر . 3- واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الاخر قد ادى الفضولي البدل فله الرجوع عليه به . فان هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدٍ منه وكان العاقد الاخر قد اداه عالمياً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه . 4- واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعدٍ منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء . فاذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر) .

فالفقرة الاولى اعتبرت تصرف الفضولي موقوفاً على اجازة المالك وبذلك لم تأخذ بالرأي الذي يعتبره باطلاً .

والفقرة الثانية اعتبرت اجازة المالك لتصرف الفضولي توكيلاً فيكون هذا وكيلاً عنه في التصرف . فيجوز للمالك ان يطالبه بالبدل ان كان قد قبضه .

والفقرة الثالثة تبطل تصرف الفضولي اذا لم يجزه المالك ويترتب على ذلك ان العاقد الاخر اذا كان قد ادى البدل للفضولي فان له ان يرجع عليه به ، فاذا وجده هالكا ينظر ما اذا كان الهلاك بتعدٍ منه او بدون تعدٍ . فاذا كان الهلاك بتعدٍ من الفضولي فان المالك يضمنه . اما اذا كان الهلاك بدون تعدٍ من الفضولي فهنا يجب التمييز بين حالتين : الاولى ، اذا كان العاقد الاخر قد ادى البدل وهو عالمياً انه فضولي فلا رجوع عليه بشيء ، اما الثانية : اذا كان العاقد الاخر قد ادى البدل ولم يكن عالمياً انه فضولي فله الرجوع عليه به .

اما الفقرة الرابعة فانها تبحث ضمان العين المعقود عليها من قبل الفضولي . فاذا سلمها الفضولي الى العاقد الاخر وهلك في يد هذا الاخير بدون تعدٍ منه كان للمالك ان يضمن أيّ شاء من الفضولي او العاقد الاخر ، فان اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر<sup>(1)</sup> .

والعقد الموقوف هو عقد صحيح غير نافذ لسبب يوجب وقفه على إجازة من له مكنة إستعمالها قانوناً ، والعقد الموقوف يكون اما بسبب عدم الولاية على المال ، أو وجود الولاية مع تعلق حق الغير على المال محل الولاية ، أو لنقص في الأهلية ، أي الحجر ، أو لوجود عيب في الرضا ، فكل من مالك المال الذي أجري عليه التصرف من غير ولاية ، أو لصاحب الحق المتعلق حقه بالمال الذي جرى عليه التصرف ، أو لناقص الأهلية عند إكتماله لها ، أو لوليّه أو لوصيه أو للقيم على المحجور ، أو للمكروه بعد إرتفاع الإكراه ، أو لمن وقع في الغلط بعد تبينه ، أو للمغرور بعد اكتشافه التغيرير ، كل هؤلاء لهم مكنة إجازة العقد الموقوف أو نقضه ، لكن ماذا لو نقض ، من له مكنة إجازة أو نقض العقد الموقوف ، هذا العقد ، فهل يعد هذا النقض إبطالاً للعقد أم فسخاً له؟

ان القوانين التي اقتبست أحكامها من القانون المدني المصري قد خلطت بين العقد الموقوف والعقد القابل للأبطال ، فمثلاً ينص القانون المدني اليمني في المادة (172) منه على انه : (تصرفات الفضولي في مال غيره تتوقف على إجازة صاحب الشأن مالم ينص القانون صراحة على بطلان تلك التصرفات). في حين ينص في المادة (179) منه على انه : (لايصح العقد الصادر من شخص مكره عليه ويجب على من وقع منه الإكراه ارجاع ماكان الإكراه عليه). و من جهة ثالثة نص القانون نفسه في المادة (181) منه على انه [ إذا عمد أحد المتعاقدين الى تغيير (تدليس) كان من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد لايصح العقد ويكون للطرف الثاني طلب الحكم بإبطال العقد كما يكون له إبقائه. وإذا مضت ثلاث سنوات بعد انكشاف التغيير دون طلب الإبطال وبدون مانع من الرد الفوري ، فلا تسمع الدعوى بشأنه ، ونعتبر كل حيلة يلجأ اليها أحد المتعاقدين تغييراً). فمن جهته ينص هذا القانون على عد العقد موقوفاً ، ثم ، من جهة أخرى ، يقرر عدم صحة العقد ، وهذا لايتعلق بوقف العقد ، لان العقد الموقوف هو عقد صحيح لكنه غير نافذ ، ومن جهة ثالثة ينص على إمكانية طلب إبطال العقد.

وكذا الحال بالنسبة للقانون المدني الأردني حيث نصت المادة (141) منه على انه : (من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام العقد ، لاينفذ عقده ، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً). والظاهر ان واضع هذا النص لم يدرك الفرق بين العقد الموقوف والعقد الباطل . فالنص في بدايته ذكر ان العقد لاينفذ ، فاذا أُجيز العقد من قبل من وقع في الإكراه

1 لكن المشرع العراقي لم يتناول فيما لو هلك العين بيد العاقد الاخر وبتعدٍ منه فالمالك على ايهما يرجع الفضولي ام العاقد الاخر ؟ اننا نرى وبتطبيق مفهوم المخالفة على كل من (ف4/م135) (م426) ان رجوع المالك بالتعويض لا يكون على الفضولي بل على المتعاقد معه (المتعدي) .

، فان العقد ينقلب نافذاً ، وليس صحيحاً ، لانه في الأصل عندما نقول بوقف العقد أو عدم نفاذه ، فمعنى ذلك انه قد جاوز مرحلة الصحة ، فكيف ينقلب صحيحاً وهو في الأصل كذلك.

والإكراه عيب من عيوب الرضا في القانون المدني الأردني وقد رتب عليه حكم مفاده عد العقد موقوفاً على إجازة من وقع في الإكراه ، في حين جعل الأثر المترتب على التغيرير هو فسخ العقد ، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال قراءة المواد الآتية :

- المادة 142 مدني أردني حيث نصت فيما يتعلق بالإكراه ، على انه : ((الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا أكرهها بالضرب أو منعها عن أهلها مثلاً لتتنازل عن حق لها أو تهب له مالاً ففعلت ، كان تصرفها غير نافذ)).

- المادة (153) مدني أردني ، حيث نصت فيما يتعلق بالتغيرير مع الغبن الفاحش ، على انه : ((إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق ان العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد)).

- المادة (153) مدني أردني ، حيث نصت فيما يتعلق بالغلط ، على انه : ((للعاقدين فسخ العقد اذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه)).

فهذا الإرتباك في موقف القانون المدني الأردني ، جعل البعض يرتبك في فهم معنى نقض العقد الموقوف ، أهو فسخ للعقد أم إبطال له؟

من الجدير بالملاحظة ان القانون المدني العراقي لم يقع في هذا اللبس الذي وقع فيه كل من القانونين المدني اليمني و المدني الأردني ، في جميع الحالات التي يوقف فيها العقد ، فهل ان نقض العقد الموقوف في القانون المدني العراقي هو فسخ للعقد أو ابطال له؟!

ونحن نقول ان نقض العقد الموقوف ليس فسخاً للعقد ، لان الفسخ ينجم عن وجود خلل في تنفيذ العقد ، في حين ان أسباب وقف العقد تعود الى مرحلة تكوين العقد ، فهل هذا سيجعل نقض العقد الموقوف ابطالاً له؟

ونحن أيضاً لا نعتقد ان نقض العقد الموقوف هو إبطال للعقد فهذا نظام غير معروف في القانون المدني العراقي ، ثم ان وجوده في القانون المدني المصري ، منتقد من قبل بعض الفقهاء<sup>1</sup> ، إذ لا فائدة عملية تذكر من التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي ، ثم لو كان نقض العقد الموقوف ابطالاً للعقد ، فلماذا ميزه القانون بالتنظيم وفصله عن العقد الباطل ؟ ، ثم ان العقد الباطل هو عقد غير صحيح ، في حين ان العقد الموقوف محل النقض هو عقد صحيح لكنه غير نافذ.

اذن ماهو (نقض) العقد الموقوف؟

نعتقد ان (النقض) يعني الإلغاء ، والعقد الموقوف يتم نقضه ، من صاحب المصلحة أو نائبه في عدم إمضائه ، فهو وسيلة أعطيت لأحد المتعاقدين أو لكليهما ، لإلغاء العقد أو إمضائه متى ما

<sup>1</sup> لاحظ : د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص351 .

وجدوا ان مصلحتهم العقدية تقتضي ذلك ، فان وجد من له حق إجازة العقد الموقوف أو نقضه ان لا مصلحة عقدية له في إمضاء العقد ، فيُفضّل إلغائه.

ولعل الذي جعل اللبس قائماً بين كل من النقض والبطالان والفسخ ، هو الأثر الرجعي المترتب عليها جميعاً ، بحيث انه يترتب عليها جميعاً عد العقد انه لم يكن في أية لحظة من اللحظات ، وهذا موقف منتقد.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني

### تحديد مفهوم خيار الإجازة أو النقض

تنص المادة (136) ق.م.ع. على انه : (1- إجازة العقد الموقوف تكون صراحةً أو دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة . 2- يجب ان يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة اشهر فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً . 3- ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد . واذا كان سبب التوقف الاكراه أو الغلط أو التغرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير . واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد) . فالإجازة حسب نص المادة السابقة تكون صراحةً أو دلالةً ، فالإجازة الصريحة تكون بالقول ، بان يقول المالك اجزت العقد أو ما في معناه . أما الإجازة دلالةً ، أو الإجازة الضمنية ، فتستنتج من تصرفات المالك ، كان يشتري العين من العاقد الآخر أو يستأجرها منه ، والإجازة تتم بأثر رجعي يستند الى وقت ابرام العقد ، وهذا هو تطبيق قاعدة (الإجازة اللاحقة وكالته سابقة) ويترتب على ذلك ان جميع الزوائد أو الثمار الحاصلة في العين المباعة من وقت ابرام العقد الى وقت الإجازة تكون للعاقد الآخر .

ولم تشترط هذه المادة ، لصحة الإجازة ، الا قيام من يملكها وقت صدور العقد فقط وبذلك لم تشترط الشروط التي يتطلبها الفقه الحنفي عامةً من قيام العاقدين والمالك الأصلي والمبيع . وتحدد الفقرة (2) من المادة الانفة المدة التي يجب ان يستعمل فيها من توقف العقد لمصلحته خياره في النقض أو الإجازة لمدة قصيرة جداً وتجعلها (3) اشهر . وقد اخذ المشرع بنظر الاعتبار في جعله المدة قصيرة الى هذا الحد استقرار المعاملات . وهذه المدة هي مدة سقوط لا مدة تقادم .

وتحدد الفقرة (3) من المادة الانفة الذكر مبدأ سريان المدة التي يمكن ان يستعمل فيها خيار الإجازة أو النقض ويختلف هذا المبدأ بالنسبة لناقص الاهلية عنه بالنسبة للمتعاقد الذي شاب ارادته

<sup>1</sup> لاحظ تفاصيل ذلك : أستاذنا الدكتور محمد سليمان الأحمد ، خواطر مدنية ، مرجع سابق ، ص121 ومابعدها .

عيب وبالنسبة لتصرف الفضولي . فإذا كان سبب توقف العقد هو نقص الاهلية فالمدة تبدأ من حين زوال نقص الاهلية وإذا كان عيباً من عيوب الارادة فانها تبدأ من حين زوال العيب وإذا كان السبب عدم الملك فانها تبدأ من حين علم المالك بتصرف الفضولي .

وينتقل خيار الاجازة او النقص الى ورثة من له حق الاجازة والنقص . ومن الحالات التي تظهر فيها مسألة انتقال خيار الاجازة او النقص الى الورثة هي حالة العقد الموقوف لتغير مع غبن . ويثار التساؤل حول التكييف القانوني لخيار الاجازة أو النقص ، هل هو حق بمعنى الكلمة أم مكنة قانونية ؟

وهناك عدة حقوق مثل حق المطالبة بفسخ العقد وحق طلب الشفعة وكذلك حق الحبس للضمان، هل هذه حقوقاً عينية أم شخصية أم معنوية؟ بالطبع هي ليست حقوقاً بالمعنى الفني للكلمة ، وإنما هي تدخل ضمن المكنات القانونية ، والمكنة في اللغة هي القدرة أو التمكن ، و في الإصطلاح القانوني قد عرفت بتعاريف عديدة<sup>1</sup>. ولكننا إختارنا من بينها التعريف الآتي<sup>2</sup>:

( قدرة الشخص وبالتعبير عن إرادته ، على إحداث آثار قانونية ، حددها القانون ، بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، تتمثل في انشاء أو تعديل أو محو مراكز قانونية ، دون ان يلزم الطرف المقابل بأي أداء أو يتمكن من التخلص من تلك الآثار). وعناصر المكنة القانونية هي:<sup>3</sup>

1-الإتاحة : ومصدرها القانون أو الإتفاق ، أي ان القانون أو الإتفاق يتيح للشخص في ان يستعمل خياره أو يتنازل عنه ، إذ ان بإمكانه أي يرتب أثراً أتاح له القانون في ترتيبه ، كما ان بإمكانه ان لا يرتب أثراً .

2-المصلحة : إذ ان المصلحة و مراعاتها هي علة إعطاء المكنة ، وهي كذلك العلة في إستعمالها ، فجميع الذين أعطيت لهم المكنة بنصوص قانونية تتحقق لهم مصلحة من إستعمالها ، فالموجه إليه الإيجاب قد تكون له مصلحة في القبول و قد تكون له مصلحة في الرفض ، ومن يتمسك بالمقاصة القانونية ، قد تكون له مصلحة في ذلك ، وقد لا تكون فيتخلى عن التمسك بهذه المكنة ، وكذلك مباشرة أو عدم مباشرة الدائن لوسائل حماية الضمان العام ، فالمصلحة متحققة في مباشرته لها أو من عدمها. و هكذا ، فالقانون أو الإتفاق لا يقرران خياراً لأحد إلا لحماية مصلحة مشروعة في ذلك ، و هو الذي يقرر متى تتحقق هذه المصلحة ، هل تتحقق بإستعمال المكنة على وجه من الأوجه أو بعدم إستعمالها أصلاً<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> لاحظ هذه التعاريف لدى : نأرام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق ، رسالة ماجستير في كلية القانون - جامعة السليمانية- ، 2008 ، (غير منشورة) ، ص46 ومابعدها.

<sup>2</sup> أستاذنا الدكتور محمد سليمان الأحمد ، خواطر مدنية ، مرجع سابق ، ص172.

<sup>3</sup> المرجع السابق نفسه

<sup>4</sup> في المقصود بالمصلحة لاحظ : د. محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1977 ، الطبعة الثانية ، ص21 .

كما ان عنصر المصلحة يتحقق في خاصية استعمال المكنة ، أي ممارستها على وجه ما ، أو تركها ، فهي التي توجه الشخص إلى إختيار أحد الخيارات المتاحة له ، فمثلاً المالك في التصرف الفضولي ، يستطيع ان يمارس أحد الخيارات الآتية :

1. نقض العقد .

2. إجازة العقد إجازة صريحة .

3. عدم التعبير عن رغبته رغم قدرته ، وهنا يعد سكوته مع مرور المدة المحددة ، إجازة له للعقد<sup>1</sup> .

فهو يستعمل أحد هذه الخيارات لمصلحته ، يرى انها متحققة في هذا الخيار دون سواه .

والمكنة القانونية تتميز بوجود خصيصتين فيها إحداها متعلقة بصاحبها ، حيث ينبغي ان

تكون لديه القدرة على إستعمالها ، والثانية متعلقة بمن تستخدم المكنة تجاهه ، إذ يكون في

وضع الإمتثال ، وفيما يلي نشرح كلتا الخصيصتين

### أولاً : القدرة :

لا يكفي ان يقرر القانون ان شخصاً ما تكون له مكنة قانونية في موضوع ما ، بل يجب

ان تكون لصاحب المكنة القدرة على إستخدامها في مواجهة الغير ، والقدرة مرتبطة بالإرادة ، فلا

قدرة لمن لا إرادة له ، ولذلك فان المكنة قد يعطيها القانون لشخص منقوص الإرادة ، فيكون

إستخدام المكنة عن طريق نائبه ، كما في نقض أو إجازة العقد الموقوف لصغر سن أحد المتعاقدين

أو لنقص في أهليته أو انعدامها ، فهنا يتم البحث عن القدرة في الولي أو الوصي أو القيم .

والقدرة قد يكون مصدرها القانون ، كما في الكثير من تطبيقات المكنة القانونية ، و قد

يكون مصدرها الإتفاق ، كما لو إتفق المتعاقدان على عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة

إلى إعدار أو حكم قضائي ، أو كما لو قيد المتعاقدان عقدهما بشروط تقيدية لمنفعة أحدهما

أوغيرهما .

وقد أخذ المشرع بعين الإعتبار عنصر القدرة في المكنة القانونية ، فمثلاً عندما جعل

بإمكان الشخص الذي وقف العقد لمصلحته ان يجيزه خلال مدة (3) أشهر<sup>2</sup>، فانه أخذ بعين الإعتبار

مبدأ هذه المدة ، إذ نص في الفقرة الثالثة من المادة (136) من القانون المدني العراقي على انه : "

ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول منه هذا السبب أو من

الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد .

<sup>1</sup> نصت المادة (131) مدني عراقي على انه : "1- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف و العادة . 2- كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب و إلا لغا الشرط و صح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً " .

<sup>2</sup> نصت المادة (136) في فقرتها الأولى و الثانية على انه : "1- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالةً و تستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة .

2- و يجب ان يستخدم خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد أعتبر العقد نافذاً " .



وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغيرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغيرير . وأذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد .

من هذه الفقرة يتضح لنا بجلاء عنصر القدرة ، فالصغير غير قادر على إجازة عقده أو نقضه بسبب نقص أهليته أو انعدامها ، والولي ليس له القدرة على استعمال مكنة نقض العقد الذي أبرمه الصغير أو إجازته إلا من وقت علمه بصدور العقد ، و المكره في التعاقد لا يستطيع استخدام مكنته في نقض العقد أو إجازته إلا بعد ان يرفع عنه الإكراه ، و الواقع في الغلط التعاقدي لا يستطيع ان يستخدم مكنته في نقض العقد أو إجازته إلا بعد ان يتبين له انه قد وقع في الغلط ، أما قبل ذلك فلا يقدر ، و كذلك من وقع في التغيرير ، فالمالك لا يتمكن من ان يمارس مكنته في نقض العقد الذي أبرمه الفضولي أو إجازته إلا من الوقت الذي يعلم فيه بصدور العقد ، و السبب لا يرجع إلى نقص في إرادته أو أهليته أو عيب فيهما ، بل يرجع إلى ان عدم علمه يجعله غير قادر على استخدام مكنته القانونية<sup>1</sup>.

### ثانياً : الإمتثال :

إذا كانت المكنة تشبه الحق من حيث انها تقرر ميزة لصاحبها ، فان من أهم إختلافاتها عنه هو ان الحق يقابله واجب على الغير ، خاصة أم عامة ، أما المكنة يقابلها إمتثال من الشخص الذي تمارس المكنة في مواجهته ، فهو ليست لديه القدرة التي بيد صاحب المكنة ، فلا يستطيع دفعها و لا الهروب منها ، بل هو في حالة خضوع و إمتثال و انتظار لما قد يقوم به صاحب المكنة في الإختيار بين ما انيط به من خيارات قانونية أو إتفاقية ، إلا في حالة إساءة استعمال المكنة ، إذ للمقابل ان يطعن فيها و يثبت ان صاحب المكنة قد أساء استعمالها ، و عليه فان الشخص الذي أخل بالإلتزام العقدي ، يقف في حالة إمتثال للطرف الآخر في استخدام خياراته القانونية ، فان شاء أمضى في العقد و ان شاء فسخه وان شاء طالب بالتنفيذ العيني الجبري و ان شاء طالب بتحريك دعوى المسؤولية العقدية ، و كذلك فان المشتري لحصة شائعة في عقار شائع يبقى في حالة إمتثال أمام الشريك في استخدامه لمكنة الشفعة ، و كذلك الحال في الحبس للضمان ، إذ للحابس مكنة حبس المال عن صاحبه إستناداً إلى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ، وغير ذلك من أمثلة عديدة<sup>2</sup>

والإمتثال يختلف عن الموقف السلبي ، أي ( الإمتناع عن عمل ) ، في ان الأخير يعد موقفاً تترتب عليه الأحكام ، إذ به يترتب الإلتزام ، بل قد تقع بصوره الجرائم ، أما الإمتثال فهو موقف مجازي ليس بالايجابي ولا السلبي ، بل هو ليس موقف بمعنى الكلمة ، ولا تترتب عليه

<sup>1</sup> لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، خواطر مدنية ، مرجع سابق ، ص 180 .

<sup>2</sup> لمزيد من الأمثلة لاحظ : د. عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي ، ذات السلاسل ، الكويت ، 1982 ، ص 79 .

الأحكام ، فهو ليس بحق ولا بواجب بحسب المعنى الفني الدقيق للكلمة ، بل هو واجب من نوع خاص ، ينتظر صاحبه ماذا سيفعل صاحب المكنة أو الخيار القانوني بخياراته.<sup>1</sup>

## المبحث الثاني

### الخيانة اخلال بالتزام عقدي

نتناول في هذا المبحث احكام الخيانة عندما يعد اخلالا بالتزام عقدي ومن اجل بيان ذلك نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين . نبين في المطلب الاول الخيانة الموجبة لفسخ العقد وفي الثاني الخيانة المقررة للمسؤولية العقدية .

## المطلب الأول

### الخيانة الموجبة لفسخ العقد

يمكن تعريف الفسخ بانه النقض او التفريق والالقاء والرفع يقال : فسخ البيع فانفسخ أي نقضه فاننقض<sup>2</sup> و ( فسخ الشيء ) - فسخا : نقضه . يقال : فسخ البيع او العقد و- فسخ المفضل : ازاله عن موضعه من غير كسر و ( انفسخ ) الشيء: انتقض وبطل وزال<sup>3</sup> وفسخت العقد فسخا رفعته وتناسخ القوم العقد توافقوا على فسخه وفسخت البيع والأمر نقضتهما وفسخت الشيء فرقته وفسخت المفضل عن الموضع ازلته<sup>4</sup> .

يعتبر الفسخ نوعا من انواع زوال الرابطة العقدية التي تربط العاقلين وهذه الرابطة قد تزول بتنفيذ الالتزامات التي انشأها العقد وهو ما يعرف بالانقضاء ، وهو المصير المألوف للعقد ولكن قد تزول هذه الرابطة العقدية بالانحلال قبل تنفيذ العقد او بعد البدء في تنفيذ العقد فتعتبر فسخا للعقد<sup>5</sup> وانحلال العقد قد يتم بارادة الطرفين وهذا ما يعرف بأسم التقايل ، وقد يكون السبب من الاسباب التي يقررها القانون ، وهي التي قد تتخذ احدى الصور الثلاثة وهي : الرجوع والالغاء بالارادة المنفردة والفسخ .

<sup>1</sup> لاحظ : آرام محمد صالح سعيد ، مرجع سابق ، ص 78.

<sup>2</sup> لاحظ: الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، مرجع سابق ، ص 740

<sup>3</sup> لاحظ: المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، 1999 ، ص 471

<sup>4</sup> لاحظ: الفيومي - الحموي ، المصباح المنير ، مرجع سابق ، ص 273

<sup>5</sup> لاحظ: عبد الرشيد مأمون : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 2007 ، ص 253

والذي يخص دراستنا هو الفسخ ، فالفسخ هو جزء من شأنه ان يحمي القوة الملزمة للعقد كما يراه البعض من الفقه<sup>1</sup> وقد نص القانون المدني العراقي<sup>2</sup> في الفقرة الاولى من المادة ( 177 ) على ان (( 1- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين إلى اجل ، ، ، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته )

حيث ينشأ العقد التزامات متقابلة للعاقدين بحيث يصبح كل منهما دائنا للآخر ومدينا له ، وكما ينشأ العقد في الوقت نفسه ارتباطا بين هذه الالتزامات وهذا الارتباط يؤدي إلى القول بانه اذا لم يقيم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فالمتعاقدين الآخر لا يجبر هو ايضا على تنفيذ التزامه ، ويستطيع هذا المتعاقد اذا لم يطلب التنفيذ العيني ان يطلب فسخ العقد وحل الرابطة الناشئة عن العقد<sup>3</sup>.

ويعرف الفسخ اصطلاحاً بانه ((حل ارتباط العقد او هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كان لم يكن ، وهو ما يختلف عن الانفساخ والذي يعرف بانه انحلال العقد أي زوال الرابطة التي تربط المتعاقدين ، فيفسخ كل عقد من تلقاء نفسه اذا استحال تنفيذه<sup>4</sup> اما الفقه الاسلامي فلم يربط بين الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية أي العقود الملزمة للجانبين كما فعل الفقه الغربي الذي جعل من هذا الارتباط الاساس الذي يقوم عليه نظرية الفسخ ، بل ان كل التزام في الفقه الاسلامي مستقل عن الالتزام الذي يقابله ، ففي البيع مثلا التزام المشتري بدفع الثمن وهو الالتزام الذي يقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه لا يرتبط بهذا الالتزام المقابل ولذلك نجد ان القاعدة في الفقه الاسلامي الا يطالب الدائن بفسخ العقد في حالة اخلال المدين بالتزامه ، بل يطالب بتنفيذ العقد<sup>5</sup> وعلى ذلك فالفسخ هو صورة من صورة المسؤولية العقدية ويتمثل في حل الرابطة العقدية جزاء اخلال احد الطرفين في العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد سواء كان ذلك باتفاق الطرفين او بحكم القضاء بناء على طلب احد المتعاقدين<sup>6</sup> ويجب التمييز بين الفسخ والشرط الفاسخ والانفساخ والانفساخ . فالفسخ كما ذكرنا هو حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين اذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه ، في ان يطلب حل الرابطة العقدية كي يتحلل هو من التزامه ، فهو يدخل إلى جانب

<sup>1</sup> لاحظ: احمد حشمت ابو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد- الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة مصر ، 1954 ، ص338

<sup>2</sup> نص القانون المدني الاردني في الفقرة الاولى من المادة 246 على ان (( في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بفسخ العقد او بفسخه ))

<sup>3</sup> لاحظ: د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول في مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص174

<sup>4</sup> لاحظ: عمر علي الشامي ، فسخ العقد ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، 2010 ، ص22

<sup>5</sup> لاحظ: الاستاذ الدكتور ، انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ودراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى ، 2005 ، ص254

<sup>6</sup> لاحظ: محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، المصادر الارادية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1992 ، ص434

المسؤولية العقدية في نطاق الجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد ، فأذا كان التنفيذ العيني ممكنا وفسخ عنه المدين كان للدائن الخيار بين طلب التنفيذ العيني وطلب الفسخ<sup>1</sup> اما الشرط الفاسخ فيعد من اوصاف الالتزام والالتزام المقترن بشرط فاسخ التزام موجود ونافذ ولكن زواله يكون معلقا على تحقق الشرط فأذا تحقق الشرط وزال الالتزام بأثر رجعي وكأنه لم يكن ، واذا تخلف الشرط استقر الالتزام والعقد نهائيا<sup>2</sup> اما الانفساخ فهو فسخ بحكم القانون اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب اجنبي لا يدلله فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون ولا حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ ، الا اذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة لسبب الاجنبي ولا يلزم في هذه الحالة بأي تعويض<sup>3</sup>

والفسخ اما ان يتم بحكم قضائي وهذا هو الأصل او يتم عن طريق اتفاق بين المتعاقدين وبحكم القانون . وسنعرض لشرح انواع الفسخ فيما يأتي :-

### اولا :- الفسخ القضائي :

الأصل في الفسخ ان يتم بحكم قضائي ، وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الافراد فالقاضي حكم محايد لا يميل إلى احد الخصوم دون الآخر وقوله هو الذي يفصل النزاع بينهم<sup>4</sup> .

وليس من الضروري اعدار المدين قبل رفع دعوى الفسخ فان وجود رفع الدعوى يعد اعدارا له وهو يستطيع ان ينفذ الالتزام قبل النطق بفسخ العقد ، علما ان الاعذار اذا لم يكن ضروريا قد يكون مفيدا في بعض الاحوال وقد يكون لا طائل تحته في احوال أخرى فهو مفيد اذ قد يستطيع الدائن ان يثبت به تأخير المدين في التنفيذ وخطأه في ذلك فيحصل على التعويض إلى جانب الفسخ<sup>5</sup> واذا عرض الفسخ على القاضي فله سلطة تقديرية في قبوله او رفضه حيث نص في الفقرة الاولى من المادة ( 177 ) منه على ان ( يجوز للمحكمة ان تنتظر المدين إلى اجل كما يجوز زلها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته ) .

فللقاضي ان يحكم بالفسخ اذا قدر ان الظروف تبرر اجابة طلب الدائن ، كان يتبين له ان المدين تعمد عدم التنفيذ او اهمل بدرجة خطيرة بالرغم من اعداره وله الا يحكم بالفسخ اذا وجد ان الجزء الهام في الالتزام قد تم تنفيذه . فيكتفي بان يحكم بتنفيذ الجزء الباقي او بالتعويض عنه<sup>6</sup>. ولا يمنع

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1974 ، ص 582

<sup>2</sup> لاحظ: د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 581

<sup>3</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص 181

<sup>4</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 177

<sup>5</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج ، مرجع سابق ، ص 689

<sup>6</sup> لاحظ: د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ص 590

يمنع القاضي ان يعطي مهلة للمدين ان يكون الدائن قد اعذره قبل رفع الدعوى واذا اعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة وليس له ان يتعدها<sup>1</sup> ولكن اذا لم يستطع ذلك وكانت الظروف التي بررت منحه نظرة الميسرة لاتزال قائمة فليس هنا ما يمنع المحكمة من منحه نظرة مرة ثانية<sup>2</sup>.

### ثانيا : - الفسخ الاتفاقي ( الفسخ بالتراضي ) .

الأصل في الفسخ ان يتم بحكم القاضي ، أي ان يكون فسخا قضائيا ، لكن ليس هناك ما يمنع من ان يتفق الطرفان عند التعاقد على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي ، اذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، واعمال هذا الشرط يختلف بحسب ما يتم الاتفاق عليه بين المتعاقدين<sup>3</sup> وهذا الشرط يتم ذكره كبند في العقد ويعتبر العقد مفسوخا دون اللجوء إلى القضاء .

وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه ، فإذا ما اشترط فسخ المبيع عند عدم دفع الثمن . فليس للمحكمة في هذه الحالة ان تعطي ميعادا للمشتري كي يقوم بتنفيذ التزامه بل يفسخ البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تبنيها رسميا<sup>4</sup> وهذا وهذا الشرط قد يكون ضمنيا وقد يكون صريحا :-

فالشرط الفاسخ الصريح الذي يتفق عليه المتعاقدان في العقد نفسه او في اتفاق لاحق . وشرط الفسخ لا يعتبر صريحا الا اذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد تخلف احد الطرفين عن تنفيذ التزامه او على ذلك لا يعتبر شرطا صريحا بالفسخ ما يرد عادة في بعض العقود كالبيع من تعهد المشتري بدفع الثمن او الباقي منه في ميعاد معين والا كان العقد مفسوخا لان مثل هذا الاتفاق يعتبر في الواقع ترديدا للشرط الفاسخ الضمني<sup>5</sup> ويسلب شرط الفاسخ الصريح القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع اعطاء مهلة للمدين ولا يملك الا النطق بالفسخ ، ولكن الشرط لا يغني عن رفع دعوى الفسخ بل ولا عن اعدار المدين في الاحوال التي يكون فيها هذا الاعذار مفيدا<sup>6</sup>. وقد يتفق المتعاقدان ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى الحكم وهذا الشرط لا يعطى من الاعذار ، ويفسر في الغالب على انه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع اعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه ويتعين عليه الحكم بالفسخ . وقد يتفقان كذلك على انه يفسخ العقد دون الحاجة إلى اذار وهذا هو اقصى ما يصل اليه اشتراط الفسخ من القوة .

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 692

<sup>2</sup> لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 178

<sup>3</sup> لاحظ: نبيل ابراهيم سعد. النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الحديثة ، 2004 ، ص 315

<sup>4</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 714

<sup>5</sup> لاحظ: د. انور سلطان ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 260

<sup>6</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 695

وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعزم قيام المدين به . دون حاجة إلى اعداره ودون ان يجوز اعطاؤه مهلة للتنفيذ . ولكن هذا الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه والا كان تحت رحمة المدين اذا شاء جعل العقد مفسوخا بأمتناعه عن تنفيذ التزامه<sup>1</sup>.

### ثالثا/ الفسخ بحكم القانون ( الانفساخ )

اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب اجنبي لا يد له فيه ، انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون ولا حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ الا اذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة بسبب اجنبي ولا يلزم في هذه الحالة بأي تعويض واذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين فالعقد لا يفسخ بل يتأكد ويلزم بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه . وهذا ما نصت عليه المادة ( 179 ) من القانون المدني العراقي ( 1 - اذا هلك المعقود عليه في المفاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض والذي قبضه لصاحبه 2 - فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري ) . واذا استحال على المدين ان ينفذ التزامه ، ولم يستطع اثبات ان هذه الاستحالة ترجع إلى سبب اجنبي لا يد له فيه ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ويستطيع الدائن المطالبة بالفسخ في هذه الحالة بدل ان يطلب التعويض وعلى القاضي قبول هذا الطلب لاستحالة التنفيذ . ويكون الحكم فسخا لانه صدر بحكم القاضي ولم يفسخ بحكم القانون .

اما اذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب اجنبي فان الالتزام ينقضي طبقا للمادة ( 425 ) من القانون المدني العراقي حيث نص على ( ينقضي الالتزام اذا ثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبي لا يد له فيه ) .

وفي هذه الحالة لا تكون هناك ضرورة للاعذار ، لانه عبارة في تكليف المدني بالوفاء ومن ثم لا يلزم الا اذا كان التنفيذ ممكنا . ولا ضرورة كذلك لحكم القضائي بالفسخ او يفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون<sup>2</sup> وحكم القاضي هنا حكم كاشف وليس منشىء .

تنص الفقرة الاولى من المادة ( 177 ) من القانون المدني العراقي<sup>3</sup> على ان ( في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنتظر المدين إلى اجل ، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كا ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته ) .

الظاهر من هذا النص انه يشترط لوقوع الفسخ توافر الشروط التالية :-

اولا :- ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين .

ثانيا :- ان لا يقوم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ج ، مرجع سابق ، ص 293

<sup>2</sup> لاحظ: عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد. مرجع سابق ، ص 601

<sup>3</sup> لاحظ: المادة 246 من القانون المدني الاردني

ثالثا :- ان يكون طالب لفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه وقادرا على اعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل ابرام العقد .

رابعا :- ان يكون طلب الفسخ صادرا عن حسن نية الدائن .  
ونشرح هذه الشروط فيما يأتي :-

اولا :- ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين

يشترط لوقوع الفسخ ان نكون بصدد عقد ملزم للجانبين لان الفسخ يقوم على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فإذا كان ملزما لجانب واحد فلا يرد عليه الفسخ<sup>1</sup> فهو لا يرد على العقود التي لا يمكن ان تكون الا ملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة والكفالة غير المأجورة والهبة بغير عوض ، ولكنه يرد على جميع العقود الملزمة للجانبين ولو كانت احتمالية<sup>2</sup> على انه ( اذا صح ان قاعدة الفسخ لا تنطبق الا على العقود الملزمة للجانبين، فليس بصحيح انها تنطبق على جميع هذه العقود ، فهناك بعض عقود ملزمة للجانبين لا تنطبق عليها قاعدة الفسخ ومنها عقد القسمة حيث لا يجوز طلب الفسخ في هذا العقد اذا لم يقيم احد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلا ، وانما يطالب المتقاسم الذي اخل بالتزامه ان ينفذ هذا الالتزام . وكذلك عقد المرتب مدى الحياة فالدائن صاحب الايراد لا يجوز له ان يطلب فسخ العقد اذا اخل المدين بالتزامه وليس له الا المطالبة بالتنفيذ العيني ، فيبيع من اموال المدين ما يكفي ربع ثمنه لاداء المرتب المتفق عليه وعلى هذين الاستثنائين نص القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup> اما القانون المدني العراقي<sup>4</sup> فقد اجازت الفسخ في هذا العقد حسب نص المادة ( 982 ) حيث ان ( اذا لم يقيم المدين بالتزامه وكان العقد بعوض جاز للدائن ان يطلب تنفيذ العقد او فسخه مع التعويض ان كان له محل ) .

وكذلك استثنى المشرع بيع المزداد العلني فعلى الرغم من انها من عقود ملزمة للجانبين . فانه لا يرد عليه حق الفسخ ، بل يخضع لقاعدة ( اعادة المبيع إلى ذمة من رسا عليه المزداد ) حيث اشترط بان العقد لا يتم الا بعد دفع الثمن وكافة المصاريف<sup>5</sup> وأخيرا ان الفسخ لا يمكن تصويره الا في العقود الملزمة للجانبين وحدها وهذا من شأنه ان يحقق الاساس القانوني للفسخ وهو السبب<sup>6</sup> وقد

<sup>1</sup> لاحظ: منصور مصطفى منصور ، مصادر الالتزام ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1971 ، ص 131

<sup>2</sup> لاحظ: عمر علي الشامي ، فسخ العقد ، مرجع سابق ، ص 413

<sup>3</sup> لاحظ: المادة ( 1978 ) من القانون المدني الفرنسي

<sup>4</sup> نص القانون المدني الاردني في المادة ( 918 ) على انه ( اذا لم يوف الملتزم بعوض جاز له ايضا ان يطلب فسخه مع ضمان ما لحقه ضرر ،

<sup>5</sup> لمزيد من التفاصيل : لاحظ: د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص 211

<sup>6</sup> لاحظ: احمد حشمت اوستيت ، نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص 341

أرست محكمة النقض المصرية قاعدة مفادها انه حينما يقضي بالفسخ فانه يجوز للقاضي ان يقضي بالتعويض مع الفسخ<sup>1</sup> .

ثانيا :- ان لا يقوم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

لامكان طلب الفسخ ان يتخلف احد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه وليس لهذا فحسب ، بل يجب كذلك الا يكون هذا التخلف عن الوفاء راجعا إلى سبب اجنبي عن المدين اذن الفسخ جزاء القوة الملزمة للعقد إلى جانب المسؤولية العقدية ، ولذلك فهو لايمكن طلبه الا حين يمكن ان تقوم هذه المسؤولية ، وذلك اذا كان التنفيذ العيني مستحيلا لسبب يرجع إلى فعل المدين<sup>2</sup> واذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى صيرورة هذا التنفيذ مستحيلا بسبب اجنبي لا يد له فيه انفسخ العقد بقوة القانون وانقضى الالتزام المقابل ولم يعد هناك محل لايقاع الفسخ ، وهو ما يسمى بالانفساخ<sup>3</sup> وقد تكون هناك استحالة تنفيذ الالتزام قبل نشوئه او تكون قد جددت بعد ذلك ، ويجب تمييز ما اذا كانت هذه الاستحالة مطلقة او نسبية ، فأذا كانت مطلقة وكانت موجودة قبل نشوء الالتزام كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، لا قابلا للفسخ ، لاستحالة محل الالتزام اما اذا كانت نسبية وكانت موجودة قبل نشوء الالتزام او جددت بعده لا وكذلك اذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد الا بعد نشوء الالتزام ، فان العقد ينشأ صحيحا ولكنه يكون قابلا للفسخ لاستحالة قيام المدين بتنفيذ التزامه<sup>4</sup> ولا يشترط لطلب الفسخ ان يكون المدين قد قصر في الوفاء بجميع التزاماته ، بل للدائن طلب الفسخ ولو كان عدم التنفيذ جزئيا ، فمثلا اذا امتنع البائع عن تسليم ملحقات المبيع كان للمشتري طلب فسخ البيع وان كان قد تسلم المبيع نفسه ، غاية الأمر ان للمحكمة ان ترفض الحكم بالفسخ اذا كانت الملحقات التي لم يسلمها البائع قليلة الأهمية بحيث ان تخلفها ما كان يمنع المشتري من اتمام الصفقة<sup>5</sup>.

ثالثا :- ان يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه وقادرا على اعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل ابرام العقد .

ولا يكفي للمطالبة بالفسخ الا يقوم المدين بالتزامه بل يجب ايضا ان يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا للقيام بالتزامه الذي نشأ من العقد الملزم للجانبين<sup>6</sup> والا فلا يكون من العدل ان يطلب الفسخ في

<sup>1</sup> وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بان (( الفسخ يرد على الصلح كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين فأذا لم يتم احد المتصلحين بما اوجبه الصلح في ذمته من التزاماته جاز للمتعاقد الآخر ان يطلب الفسخ مع التعويض اذا كان له محل )) نقض مدني 1735026

<sup>2</sup> لاحظ: عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد. مرجع سابق ، ص 587

<sup>3</sup> لاحظ: نزيه محمد الصادق المهدي ، النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، 2007 ، ص 296

<sup>4</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 681

<sup>5</sup> لاحظ: د. أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 257

<sup>6</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 687



في الوقت الذي اخل فيه بالتزامه<sup>1</sup> فمثلا في عقد البيع اذا كان المشتري لم يدفع الثمن المتفق عليه وغير مستعد لدفعه فانه لا يستطيع طلب الفسخ استنادا إلى عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم.

ولما كان فسخ العقد من شأنه ان يعيد الشيء إلى اصله ، فلا بد ايضا للحكم بالفسخ ان يكون الدائن الذي يطلب ذلك قادرا على رد ما اخذ ، فأذا كان قد تسلم شيئا بموجب العقد وباعه لآخر فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ لانه لا يستطيع ان ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه اذ في هذا اخلال بالتزام الضمان اما اذا كان المدين هو الذي استحال عليه ان يود الشيء إلى اصله فان ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضي على المدين في هذه الحالة بالتعويض<sup>2</sup> وفضلا عن ذلك كله على الدائن القيام بأعذار المدين قبل رفع دعوى الفسخ ولكن هذا لا يعني ان دعوى الفسخ تكون غير مقبولة اذا لم يسبقها اعذار المدين الان رفع الدعوى يعتبر في ذاته اعذارا فأذا رفع الدائن دعوى الفسخ دون اعذار فانه يتحمل مصاريفها اذا بادر المدين إلى التنفيذ لمجرد اعلانه بصحيفتها هذا بالاضافة إلى ان اعذار المدين قبل رفع دعوى الفسخ يجعل القاضي سرع إلى الاستجابة لطلب الفسخ والحكم بالتعويض على المدين<sup>3</sup>.

#### رابعا :- ان يكون الفسخ صادرا عن حسن نية الدائن

فضلا عن الشروط السابقة لوقوع الفسخ يجب ان لا يكون الدائن سيء النية ، بان تكون غايته الاضرار بالمدين ا وان يسيء في استعمال حقه فأذا تبين للقاضي ان الدائن سيء النية في طلبه ، يرفض طلبه ، وهذا يعني ان الدائن ينبغي الا يتعسف في استعمال حقه في فسخ العقد<sup>4</sup>.

متى يحق للمشتري المطالبة بالفسخ في عقود الامانة :-

نص القانون المدني العراقي<sup>5</sup> في الفقرة الثالثة من المادة ( 530 ) على ان ( ويلزم في هذه البيوع ان يكون الثمن الاول معلوما تحرزا عن ( الخيانة والتهمة ) .

يجب ان يكون الثمن الاول الذي اشترى به البائع معلوما حين العقد لدى البائع والمشتري وذلك عند البيع مرابحة فأذا باع شخص شيئا بموجب عقد المرابحة وكان المشتري يجهل مقدار الثمن الذي اشترى به البائع فيحق له طلب فسخ العقد متى ما عرف مقدار هذا الثمن ولا يجوز له طلب تخفيض الثمن وجهالة الثمن بالنسبة للبائع والمشتري من المتصور حصولها عندما يكون البائع مثلا قد اشترى المبيع بثمن غير معين ولكنه قابل للتعيين كما لو اشتراه بالثمن الذي يحدده شخص ثالث . وقبل ان

<sup>1</sup> لاحظ: عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد. مرجع سابق ، ص588

<sup>2</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص280

<sup>3</sup> لاحظ: عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 ، ص193

<sup>4</sup> لمزيد من التفاصيل لاحظ به مو برويز عزيز ، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد ، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون ، جامعة سليمانية ، 2007

<sup>5</sup> لاحظ: المادة ( 1/480 ) من القانون المدني الاردني

يحدد الثمن من قبل هذا الشخص قام ببيعه إلى شخص آخر ببيع من بيوع الامانة ، ويحصل كذلك هذا النوع من البيوع عمليا مثلا في بيوع السيارات والادوات الكهربائية او الميكانيكية او الالكترونية والمستوردة من الخارج ، حيث يتفق البائع والمشتري في متن العقد ان ثمن المبيع يتحدد بالثمن الذي سيعلن البائع عنه يوم التسليم وسواء زاد او نقص هذا الثمن عن السعر الجاري بها المتوقع البيع به وقت التعاقد ، فالشركات التي تعتمد في تجارتها على استيراد السيارات الحديثة لا تستطيع تحديد ثمن السيارة التي هي قيد التصنيع الا بعد تصنيعها ومعرفة كلفة تصنيعها من قبل الاتجار بالسيارات من الجهات المختصة كالرسوم الكمركية او ضريبة المبيعات او ضريبة الدخل وغيرها أي ان البائع والمشتري يجهلان عند التعاقد ثمن المبيع ومن ثم يكون لمن اشترى في مثل هذه الحالة سيارة بطريقة المربحة ان يفسخ العقد بينه وبين البائع<sup>1</sup> وكذلك للمشتري الحق في المطالبة بالفسخ في حالة اذا كتم البائع أمرا مؤثرا في المبيع أو رأس المال فأذا ثبت بعد البيع ان البائع قد كتم على المشتري أمرا غير بسيط بل مؤثر في المبيع ورأس المال فبيع الامانة غير لازم في حق المشتري ، فله الخيار بين فسخ العقد أو امضائه بالثمن المتفق عليه ذلك ان كتمان صورة من صور التغيرير الذي يستتبع اختلال الرضا واختلال الرضا يوجب الخيار ، ولكن بسبب خصوصية عقود الامانة التي يجب التحرز عن الشبهة بالبيان تصبح الكتمان التدليسي سببا لقيام خيار الفسخ وان لم يترتب عليه غبن للمشتري كما تقضي بذلك القواعد العامة في التغيرير مع الغبن كعيب من عيوب الرضا.

والكتمان الذي يؤثر في المبيع فهي كالعيب الذي يصيبه عند البائع اما بفعله او بفعل الغير ، فانه يجب على البائع ان يظهر للمشتري حتى يصح له ان يبيعه بالثمن الذي اشتراه به ، لان اصابة المبيع بعيب من صنع البائع ، كانه حيب لجزء من المبيع بما احدث به البائع من عيب ، كذلك لو حدثت زيادة في المبيع وهو عند البائع واخذ شيئا منها كصوف الحيوانات ولبنها ونتاجها عامة وكذلك ثمارا لا شيء من الهبة وغيرها واجرة منازل وغير ذلك ، فانه يجب عليه بيان ذلك للمشتري لان ما اخذه منها يعد جزءا منها وبالتالي يتعذر عليه بيعها مربحة<sup>2</sup>. و الاثر الذي يترتب على فسخ العقد هو زوال حكم العقد بأثر رجعي ويجب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد حسب نص المادة 180 من القانون المدني العراقي<sup>3</sup> حيث نص على (( اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية او انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد ، وان كان قد سلم يسترد فأذا استحال رده يحكم بالضمان )) فحسب هذه القواعد العامة فان البائع والمشتري اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ابرام عقد من عقود الامانة فعلى البائع رد الثمن اذا كان قبضه وعلى المشتري اعادة المبيع بعد طلبه الفسخ. ولكن اذا كان للمشتري

<sup>1</sup> لاحظ: علي هادي العبيدي ، العقود المسماة ، مرجع سابق ، ص 76 ، د. عبدالرحمن احمد جمعة ، عقد البيع ، مرجع سابق ، ص 214

<sup>2</sup> لاحظ: محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، مرجع سابق ، ص 191

<sup>3</sup> نص القانون المدني الاردني على ان (( اذا انفسخ العقد او فسخ اعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فأذا استحال ذلك يحكم بالتعويض ))

الخيار بين فسخ العقد وامضائه فان حقه في الفسخ يسقط ويلزمه البيع بالثمن المسمى اذا هلك المبيع او استهلك او خرج من ملكه بعد تسلمه وعلى ذلك ان الفسخ يقتضي - كما قلنا - اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى المشرع لم يعط للمشتري خيارا بديلا في الحالات التي يسقط فيها خيار الفسخ ، ونرى بانه طبقا لقواعد المسؤولية العقدية يحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب كتمان البائع أمرا له تأثير في المبيع او رأس المال اذ ان كتمان الأمر يعد اخلافا بالتزام عقدي مفروض عليه ضمنا بموجب بيوع الامانة<sup>2</sup>

## المطلب الثاني

### الخيانة المقررة للمسؤولية العقدية

لفظة المسؤولية لفظة محدثة تعني التبعة ، او تحمل عاقبة الفعل الذي قام به الانسان وهذا الفعل - الذي يستتبع مسؤولية الانسان - قد يكون خروجا على ما تأمر به قواعد الاخلاق ، وقد يكون خروجا على ما يأمر به القانون ، والمسؤولية في الحالة الاولى خلقية وهي في الحالة الثانية مسؤولية قانونية<sup>3</sup> فالمسؤولية الخلقية ( الادبية ) اقتصر على ايجاب مؤاخذته مؤاخذا ادبية لا تعدو استهجان المجتمع ذلك المسلك المخالف للاخلاق.

اما اذا كان القانون ايضا يوجب المؤاخذة على ذلك الأمر فان مسؤولية مرتكبه لا تقف عند حد المسؤولية الادبية بل تكون فوق ذلك مسؤولية قانونية تستتبع جزاء قانونيا<sup>4</sup> والمسؤولية القانونية اما ان تكون جنائية او مدنية ، فالاولى تنهض بسبب ارتكاب فعل جرمه قانون العقوبات ووضع لمرتكبه عقابا محددا ، اما المسؤولية المدنية فهي : المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الاخلال بالتزام او الزام مقرر في ذمة المسؤول ، ومصدر ذلك الالتزام هو العقد او ما في حكمه ، اما مصدر الالتزام فهو القانون ، فأذا كانت المسؤولية ناجمة عن اخلال بالتزام ( أي بالتزام مصدره العقد ) فان المسؤولية تكون عقدية ، اما اذا كانت ناجمة عن اخلال بالزام ( أي بالزام مصدره القانون ) ، فان المسؤولية تكون غير عقدية ( أي تقصيرية )<sup>5</sup>.

ونحن بصدد دراسة عقود الامانة فان أي اخلال يقع من احد المتعاقدين نكون امام مسؤولية عقدية الذي يطالب المتضرر بالتعويض على اساس هذا الاخلال.

<sup>1</sup> لاحظ: د. عدنان السرحان ، عقد البيع ، مرجع سابق ، ص 190

<sup>2</sup> لاحظ: د. علي هادي العبيدي ، عقود المسمتة ، مرجع سابق ، ص 76

<sup>3</sup> لاحظ: د. حسن علي ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج 1 ، الضرر ، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة ، 1991 ، ص 13

<sup>4</sup> لاحظ: د. سليمان مرقص ، الوافي ، القسم الاول ، المجلد الاول ، ط 5 ، بدون سنة طبع ، ص 2

<sup>5</sup> لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد الخطأ وحقيقة اساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، التفسير للنشر والدعاية ، اربيل ، ط 1 ، ص 14

وقيام المسؤولية العقدية يفترض ان هناك عقدا صحيحا واجب التنفيذ لم يتم المدين بتنفيذه ، فإذا  
امكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن ، اجبر المدين عليه ، وإلى هنا لا تقوم المسؤولية العقدية اذ  
نحن في صدد تنفيذ العيني للالتزام لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه ، اما اذا لم يكن التنفيذ  
العيني ممكنا ، او امكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العيني ، ففي  
هذه الحالة لا يسع القاضي الا ان يحكم بالتعويض اذا توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام وهنا  
تقوم المسؤولية العقدية<sup>1</sup>.

وقبل التطرق إلى موضوعنا وهي الخيانة المقررة للمسؤولية العقدية في عقود الامانة يجب علينا اولا  
بيان اركان المسؤولية التعاقدية لكي يتبين لنا موقع الاختلال التي تستوجب المؤاخذه العقدية وعليه  
نبحث اركان المسؤولية العقدية في النقاط الثلاث الاتية :

### اولا : الخطأ العقدي :

يجب على المدين في الالتزام التعاقدى ان ينفذ التزامه فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه عن عمد او  
عن اهمال كان مسؤولا عن خطئه التعاقدى ، فما هو الخطأ التعاقدى<sup>2</sup>؟  
تعددت الاراء التي جاءت بتعريف الخطأ ركنا اساسيا للمسؤولية بوجه عام أي كان نوعها  
فهناك من عرف الخطأ بأنه أتيان فعل غير جائز ولو لم يقع تحت طائلة احكام قانون العقوبات الا ان  
هذا التعريف يعاب عليه عدم الدقة ويكتنفه الغموض والابهام<sup>3</sup>. وعرف البعض الخطأ بأنه عيب يشوب  
مسلك الانسان لا يأتيه رجل عاقل متبصر احاطته ظروف خارجية مماثلة للظروف التي احاطت  
المسؤول<sup>4</sup>. في حين يرى البعض الخطأ بصفة عامة بأنه هو كل تقصير في التزام قانوني سابق يسبب  
للغير ضررا ماديا او معنويا ويؤدي إلى قيام المسؤولية على عاتق مرتكب التقصير مضمونها اصلاح  
الضرر الواقع ولا يكفي حتى تقوم المسؤولية بسبب الفعل او الامتناع اعتداء على حق الغير تقصيرا  
في التزام ناشئ على عاتق المعتدي في مواجهة صاحب الحق<sup>5</sup>. ومما تقدم يتبين ان الخطأ التعاقدى  
هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن عقد ايا كان السبب في ذلك أي كان عدم التنفيذ ناشئا  
عن اهماله او عن عده بل ان الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم تنفيذ الالتزام ناشئا عن سبب  
اجنبى لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة ولكن في هذه الحالة لا تتحقق رابطة سببية وانما فقط يتحقق  
الخطأ.

يمكن القول ان الخطأ العقدي هو انحراف ايجابي او سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى  
مؤاخذته<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> لاحظ: د.د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص257

<sup>2</sup> لاحظ: د.د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ص953

<sup>3</sup> لاحظ: د.خالد عبد الفتاح محمد ، المسؤولية المدنية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009 ، ص97

<sup>4</sup> لاحظ: حسن عكوش ، المسؤولية المدنية ، في القانون المدني الجديد. مكتبة القاهرة ، مصر ، ص27

<sup>5</sup> لاحظ: حسين عامر ، المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية ، مطبعة مصر ، ط 1 ، 1956 ، ص167

<sup>6</sup> لاحظ: د.انور سلطان ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص232

والخطأ العقدي في عقود الأمانة - كما ذكرنا سابقا - هو خيانة الأمانة فالمشتري يحتكم في عقد البيع إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته فيشتري منه السلعة على أساس الثمن الذي سبق للبائع أن يشتري به هذه السلعة دون أن يحلفه اليمين أو يطلب منه بيعة على ما يقول.

حيث تدخل بيع الأمانة في الفقه الإسلامي والقوانين التي أخذت منه في منطقة من التعامل تتطافر فيها القواعد الدينية والخلقية والقانونية في فرض واجب الأمانة في البيع على نحو لا يسمح فيها بأي كذب أو غش أو كتمان ، بحيث يجعل من كل ذلك خيانة وتديسا غير مقبولين ومؤاخذ عليهما ديانة وقضائا والمؤاخذة المقصود بها هنا هي المسؤولية التعاقدية الناتجة عن إخلال المدين بتنفيذ التزامه وذلك بأرتكابه خطأ تعاقديا وهي الخيانة في الأخبار أو الإعلام بحقيقة مقدار الثمن الذي حصل فيه الشراء في العقد الأول وكذلك بيان كل أمر مؤثر في المبيع ورأس المال . وطبقا لقواعد المسؤولية العقدية يحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب كتمان البائع أمرا ذا تأثير في المبيع رأس المال أو أن كتمان البائع لهذا الأمر يعد إخلالا بالتزام عقدي مفروض عليه ضمنا بموجب بيعات الأمانة . فإذا حصلت الخيانة في الأمانة سواء بزيادة البائع في مقدار رأس المال أو جهالة المشتري برأس مال المبيع عند التعاقد أو كتمان البائع أمرا له تأثير في المبيع أو رأس المال ، ففي هذه الحالات يحق للمشتري المطالبة بالفسخ ولكن إذا حصل للمبيع هلاك أو استهلاك يسقط حق المشتري في المطالبة بالفسخ لانه لا يستطيع إعادة الحال أو الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد لان للفسخ أثرا رجعيا ، وكذلك في حالة تسلم المشتري للمبيع وخروجه من ملكه ، يتعذر عليه المطالبة بالفسخ ، ويكون ملزما بالضمان ومن التزم بالضمان امتنع عليه التعرض وعليه فلا يمكنه أخذ المبيع من المشتري لان ذلك يعد تعرضا من جانبه ، وهذا يمثل إخلالا بالتزامه بالضمان<sup>1</sup>.

## ثانيا : - الضرر

تقوم فكرة المسؤولية المدنية بنوعيتها التعاقدية والتقصيرية على فكرة ( إصلاح ) الضرر غير المشروع ، فالجزاء فيهما عبارة عن تعويض هذا الضرر أو إزالة أثره على قدر الامكان ، فلا تقوم المسؤولية المدنية إذا انتفىء الضرر بصرف النظر عن جسامة الخطأ الذي اقترفه الفاعل<sup>2</sup> فلو أن شخصا ( شرع ) في قتل آخر فأطلق عليه عيارا ناريا لم يصبه بأي اذى فإنه لا يسأل مدنيا لانتفاء ( الضرر ) على الرغم من أن هذا الفاعل قد يعاقب بعقوبة تصل إلى حد السجن المؤبد ومن هنا قيل أن الضرر روح المسؤولية المدنية والعنصر الاساسي فيها<sup>3</sup> . والضرر هو الركن الثاني في المسؤولية العقدية ، وهو اما ان يكون ماديا او ادبيا .

<sup>1</sup> لاحظ: د. علي هادي العبيدي ، عقود المسماة ، مرجع سابق ، ص76

<sup>2</sup> لاحظ: د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج1 ، الضرر ، مرجع سابق ، ص155

<sup>3</sup> لاحظ المرجع السابق ، الصفحة نفسها ،

فالضرر المادي هو الذي يصيب الشخص من الناحية المالية كما في حالة الضرر المادي الذي يحصل للمشتري في حالة زيادة الثمن المسمى المشتري به المبيع في عقد البيع الاول في بيعات الامانة ، فهذه الزيادة تعتبر خسارة للمشتري لانه يدفع مقابلا اكثر من المطلوب . اما الضرر الادبي فهو الذي لا يمس المال ويقع كثيرا في المسؤولية التقصيرية ووقوعه في المسؤولية العقدية غير كثير ، اذ الأصل ان الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية ، ولكن قد يكون للمتعاقد مصلحة ادبية في تنفيذ العقد فإذا اخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر ادبي ، فالناشر اذا نشر كتابا لمؤلف مشوها ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي ، ولكن المحقق ان يصيبه بضرر ادبي<sup>1</sup>. والذي يهمننا في بحثنا هو الضرر المادي ، فهناك شروط يجب توافرها في الضرر :

اولا :- يجب ان يكون الضرر محققا

ثانيا :- ان يكون ماسا بالمدعي نفسه

ثالثا :- ان يكون قد انصب على حق للمدعي او مصلحة مشروعة له .

رابعا :- ان يكون الضرر مما يمكن توقعه عادة وقت العقد

وسنقوم بشرح هذه الشروط ضمن الفقرات الاتية :-

### اولا :- يجب ان يكون الضرر محققا

أي ان يكون الضرر قد وقع فعلا كان ان تصاب البضاعة بالتلف اثناء النقل ، وقد يكون الضرر مستقبلا ، أي لم يقع في الحال ولكنه محقق الوقوع في المستقبل ، كان يصاب المسافر اثناء النقل ولم يعرف في الحال ولكنه محقق الوقوع في المستقبل<sup>2</sup> فالضرر المستقبل ضرر تحقق سببه وتراخت اثاره كلها . او بعضها إلى المستقبل<sup>3</sup> وهو يختلف من الضرر المحتمل ، فالضرر المحتمل لم يقع ولا يوجد ما يؤكد انه سيقع ، وغاية الأمر انه يحتمل وقوعه وعدم وقوعه ، وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفا وقد تبلغ من الضعف حدا يعتبر وهميا ، وهو على أي حال لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية ومثل ذلك ضرب الحامل على بطنها ضربا يحتمل معه اجهاضها او عدمه ، فلا يجيز لها المطالبة سلفا بالتعويض عن الاجهاض ما دام انه لم يقع ولم يتأكد انه سيقع اما بعد ان يقع الاجهاض فان الضرر يصبح ضررا حالا واجب التعويض<sup>4</sup> وقد يحرم شخص آخر من فرصة تحقيق ربح او تجنب خسارة فتظهر الصعوبة في انه ليس بالامكان ان ننتظر حتى نعرف فيما اذا كان الضرر سيقع او لا يقع لان وقوع الضرر لا يتوقف على أمور مستقبلية وغير مؤكدة ، حيث ان الوضع قد اصبح نهائيا ولن يتغير شيء فيه ويتعين لتحقيق تفويت فرصة بأعتباره ضررا

<sup>1</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص269

<sup>2</sup> لاحظ: د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ط1 ، 2007 ، ص220

<sup>3</sup> لاحظ: د. سليمان مرقس ، الوافي ، المجلد الاول ، مرجع سابق ، ص140

<sup>4</sup> لاحظ: المرجع السابق ، ص140-141

واجب التعويض ، وجود فرصة جدية وحقيقية للكسب<sup>1</sup> مثل حرمان طالب من دخول امتحان او مرشح من دخول انتخابات ففي هذه الاحوال توجد فرصة الكسب او النجاح الاحتمالي وقضى الفعل الضار على تحققه.

### ثانيا : - ان يكون ماسا بالمدعي نفسه

ومعنى هذا الشرط ان يكون الضرر قد نزل بالمدعي بالذات ، ويستوي بعد هذا ان يكون الضرر قد انصب على شخص المدعي او على ماله او على مصلحة مشروعة له يحميها القانون ولا يسمح بالاعتداء عليها او الاضرار بها اذ يتحتم لقيام المسؤولية ان يكون المدعي في دعوى التعويض هو المضرور اصلا من الفعل الضار غير المشروع او من اخلال بالالتزام التعاقدية<sup>2</sup>.

### ثالثا: - ان يكون قد انصب على حق للمدعي او مصلحة مشروعة له .

تقتضي فكرة الضرر بحد ذاتها واعتبار الضرر عنصرا او ركنا من اركان المسؤولية المدنية ان يكون المدعي في دعوى المسؤولية هذه قد اضر في مركز كان يفيد من وراءه او في منفعه كان يحصل عليها قبل وقوع الفعل الضار<sup>3</sup> فقيام شخص بحرق دار تعود لآخر يصيبه ضررا بحقه وقد يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة للمضرور كان يقتل شخص رجلا كان يعيل بعض ذوي القربى على نحو مستمر دون ان يكون ملزما قانونا بنفقتهم اذا ثبت ان القتل كان سيستمر في الاتفاق عليهم لو بقي حيا ، اما اذا لم يصب الحق او المصلحة المالية المشروعة ضررا فلا يجوز التعويض عن هذا الضرر ، فلا يحكم بالتعويض لغاصب عين انتزعها منه مالكها لانتفاع حق الغاص<sup>4</sup>.

### رابعا : - ان يكون الضرر مما يمكن توقعه عادة وقت العقد

قد يكون الضرر مباشرا او غير مباشر قد يكون متوقعا او غير متوقع مثل ذلك ان يضطر المستأجر لاخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الايجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم ، اشترطه عليه المستأجر ، فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الاول ولكنه اعلى اجرة ، وتتلّف بعض المفروشات اثناء النقل ، ثم يكون في المنزل الجديد ( ميكروب ) مرض معد ينقل اليه هذا المرض . فالفرق في الاجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر ، وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع وما تسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمدين في الالتزام التعاقدية لا يكون مسؤولا الا عن الضرر المباشر المتوقع . ما لم يكن قد اخل بالتزامه عمدا فيكون مسؤولا عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية<sup>5</sup> وما دام ان الضرر الذي يعتد هو الضرر المتوقع فان الوقت الذي ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت ابرام العقد وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في الفقرة الثالثة من المادة ( 169 ) حيث نص على ان ( اذا كان المدين لم

<sup>1</sup> لاحظ: د. عصمت عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص 300

<sup>2</sup> لاحظ: د. حسن علي ذنون ، المبسوط ، ج 1 ، الضرر ، مرجع سابق ، ص 182

<sup>3</sup> لاحظ: د. حسن علي ذنون ، المرجع السابق ، ص 210

<sup>4</sup> لاحظ: د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 302

<sup>5</sup> لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد . ج 2 . مرجع سابق . ص 959

يرتكب غشا أو خطأ حبيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقفاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

والمعيار في الضرر الذي يتوقعه المدين معيار موضوعي إذ يقول النص ( ما يكون متوقفاً عادة وقت التعاقد ) فهو الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين.

### الركن الثالث :- العلاقة السببية

هذه العلاقة هي الركن الثالث في المسؤولية ، فلا يكفي ان يكون هناك خطأ وضرر بل يجب ان يكون الخطأ هو السبب المؤدي إلى احداث الضرر ، وفوق ذلك يجب ان يكون هناك علاقة سببية بينهما والا فلا تتحقق المسؤولية .

وبعبارة أخرى يجب ان يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ ، فقد يكون هناك خطأ من المدين كما قد يكون هناك ضرر اصاب الدائن ، دون ان يكون ذلك الخطأ هو السبب في ذلك الضرر ، مثال ذلك ان يقود عامل نقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة اكبر مما يجب ، ولكن البضاعة كانت قابلة للكسر ولم يرتبها صاحبها بحيث يأمن عليها التلف حتى لو كان السير بسرعة معتدلة ، فتتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذي اصاب الدائن غير ناشئ عن خطأ المدين من الاسراع في السير ، بل هو ناشئ عن خطأ الدائن نفسه من انه لم يرتب البضائع بحيث يأمن عليها من التلف<sup>1</sup> وقد نص القانون المدني العراقي في المادة ( 168 ) على ان (( اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه )).

فالقاعدة العامة المقررة في القانون هي ان الانسان لا يسأل الا عن نتائج فعله اذ ليس من المقبول من الناحية العقلية او المنطقية ولا من الناحية القانونية ان يسأل الانسان عن تعويض ضرر لم يكن نتيجة فعله او عمله او نتيجة فعل الاشخاص او الاشياء التي يسأل عنها<sup>2</sup> بعد ان ذكرنا اركان المسؤولية العقدية - يتبين لنا بان الخيانة التي هي اخلال بالتزام تعاقدى مصدره كتمان في الاعلام بالثمن الحقيقي او كتمان في عيب مؤثر يوجد في المبيع او رأس المال يستوجب فسخ العقد اذا سقط حق المشتري في المطالبة بالفسخ استوجب التعويض على اساس المسؤولية العقدية ولكن المشرع لم يعطي للمشتري خياراً بديلاً في حالة سقوط خيار الفسخ .

والسؤال الذي يثير هنا بهذا الصدد ، وهو انه اذا لم يقر المشتري بأستعمال خيار الفسخ ، الا يستطيع ان يطالب البائع بتعويض عن كتمان ، الأمر الذي يتعلق بالمبيع او الرأس المال من شأن المشتري لو علم بحقيقة لما تعاقد عليه اصلاً او التعاقد بشروط افضل بالنسبة له ؟

<sup>1</sup> لاحظ : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج2 ، مرجع سابق ، ص960

<sup>2</sup> لاحظ: د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج2 ، مرجع سابق ، ص960



ولكن نصت المادة ( 530 ) من القانون المدني العراقي على ان (( ويلزم في هذه البيوع ان يكون الثمن معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة )) يؤكد هذا النص على معلومية الثمن الاول والا عد الأمر خيانة وتهمة ، والخيانة خطأ وأخلل بالتزام عقدي يستوجب المسؤولية التعاقدية وبالتالي يستوجب التعويض على اساس هذا الخطأ.

وكذلك نصت المادة ( 123 ) من القانون المدني العراقي على انه يلزم تعويض المشتري اذا اصابه غبن يسير او اصابه غبن فاحش وكان التغيرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم به او كان الشي قد استهلك قبل العلم بالغبن ( الكتمان ) او هلك او حدث فيه عيب او تغيير جوهري ويكون العقد نافذا في جميع هذه الاحوال ويمكن تطبيق هذه المادة وفقا للقواعد العامة.

## الخاتمة

## الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة موضوعنا ( الخيانة في عقود الامانة ) ، فاننا نسجل هنا أهم إستنتاجاتنا وتوصياتنا :-

- أولاً/ الاستنتاجات :- ويمكن إجمالها في النقاط الآتية :-

1- ان مفهوم الامانة غير محدد المعالم في القانون المدني العراقي ، فمن جهة قصد المشرع بالامانة ، المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن صاحبه أو بواقعة خارجة عن أرادة الأمين ، وذلك في المادة (950) منه ومن جهة ثانية جعلها صفة لليد غير الضامنة وذلك في المادة (427) منه ، ومن جهة ثالثة جعلها صفة في عقود تقوم على المصادقية كما فعل في المادتين (121) و (530) منه ، وهذا لا يستقيم وضرورة توحيد المصطلحات في مدونة قانونية واحدة .

2- ان المشرع العراقي قد حصر عقود الامانة في أربعة صور هي : المرابحة والتولية والوضيعة والاشراك ، في حين انه قد تكون لهذه العقود صور أخرى ، كما لو كان مقابل المبيع عملاً معيناً أو شيئاً معيناً ، وهذا يحتاج إلى تنظيم تشريعي.

3- من خلال هذه الدراسة فان عقود الامانة ما هي إلا نوع من البيوع ، وكانما ان الفكرة التي قامت عليها تنحصر في البيع دون غيره ، في حين ان المصادقية التي تنهض بها هذه العقود ممكن ان نستلزمها في عقود أخرى عديدة ، كالإيجار من الباطن والمقولة من الباطن وبعض صور التأمين وغيرها.

4- ان الأمين في عقود الامانة تقع عليه التزامات عديدة من أبرزها وأهمها المصادقية والشفافية في بيان الثمن الذي اشترى به ، كي يعرف المتعامل معه ، وهو المشتري ، كم سيدفع للبائع أكثر أم أقل أم مبلغاً يعادل الثمن الذي اشترى البائع المبيع به ، وهذا هو المبرر الذي دعا إلى إطلاق صفة الامانة على هذه البيوع.

5- ان الخيانة في عقود الامانة لها أحكام تنطلق من فرضيتين مهمتين هما :-

أ/ لما كان المشرع قد عدّ مجرد الكتمان في عقود الامانة تتحقق معه الخيانة ، بالمعنى الذي اعتمده القانون المدني ، إذ جعل من شأن ذلك تحقق حالة من حالات التغيرير ، ومن المعلوم ان التغيرير إذا صاحبه غبن فاحش فان من شأن ذلك ان يجعل العقد موقوفاً على إجازة الشخص الذي وقع ضحية له ، لانه أحد عيوب الرضا التي نصّ عليها القانون ، وهذا الحكم الأول الذي من الممكن ان يترتب على الخيانة في عقود الامانة .

ب/ لكن ما الحكم فيما لو كان مفهوم الخيانة قد جاوز مجرد الكتمان وعدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها من الشبهة بالبيان ، أو ان الخيانة - بمفهومها المدني الخاص - قد وقعت خارج نطاق هذه العقود التي سماها المشرع بهذه التسمية ، وحصلت

في عقود أخرى ليست من البيوع ، لكنها تستلزم البيان تحرّزا من الخيانة والتهمة ، أو ان طبيعة التعاقد جعلها كذلك ، كالايجار من الباطن والمقاوله من الباطن وبعض صور عقد التأمين ؟ والجواب ان حكم الخيانة هنا هو عينه حكم توافر الخطأ العقدي ، لان الخيانة في غير عقود الامانة التي سمّاها القانون والتي نعتقد انها عقود امانة بالقياس ، تمثل خطأ وقع به المتعاقد ويترتب عليه نهوض المسؤولية العقدية ، إذ سيلتزم مقتترف الخطأ وهو ذاته مرتكب الخيانة ، بتعويض المتضرر عما أصابه من ضرر ناجم عن خطئه .

### - التوصيات :- ويمكن إجمالها في النقاط الآتية :-

- 1- تغيير مصطلح ( عقود الامانة ) بمصطلح ( عقود الثقة ) ، ذلك لان استخدام مصطلح الامانة قد يثير لبسا ببعض استخداماتها في مواضع أخرى في القانون .
- 2- ان استعمال مصطلح ( الخيانة ) قد يبدو إستعمالا صارما وشديدا يعبر عن خطأ بالغ الجسامة إرتكبه الشخص الذي أخل بالثقة ، وهو وان كان كذلك في بعض الحالات ، لكنه في كثير من الحالات قد لا يصل إلى درجة إتصافه بالخيانة . كما ان إستخدام مصطلح ( الخيانة ) قد يلتبس بجريمة ( خيانة الامانة ) المعروفة في القانون الجنائي ، لذا نوصي باستعمال مصطلح ( عدم المصادقية ) بدلا من مصطلح ( الخيانة ) .
- 3- إلغاء التعداد الوارد في نص الفقرة (2) من المادة (121) من القانون المدني العراقي ، حتى لايفهم ان عقود الثقة محصورة فقط في هذه الصور ، لاسيما وان هذه المادة واردة في النظرية العامة للالتزام والتي تشكل موادها القانونية القواعد العامة للقانون المدني . لذا نفضل ان يكون نص الفقرة (2) من المادة (121) كالآتي :- (( وبعد تغريرا عدم البيان في عقود الثقة التي يحب التحرّز فيها من الشبهة بالبيان ، كعدم المصادقية في العقود التي تبرم على أساس معرفة الحالة المالية السابقة للمعقود عليه . ))

## المراجع

### أولاً : الفقه الإسلامي :

1. ابراهيم فاضل الربو ، صور من التعامل المالي في الاسلام
2. ابو بركات العدوي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، مجلد 4 ط 2 ، سنة 2003 .
3. د. احمد سالم ملحم ، بيع المراجعة وتطبيقاته في المصارف الاسلامية طبعة مزيّدة ومنقحة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، سنة 2005 .
4. د. اسامة عبد العليم فرج الشيخ. احكام مسؤولية الامين في الفقه الاسلامي والقانون المدني . دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية . 2006 .
5. جلال الدين المعلي ، حاشيتا القليوبي وعميره ، دار الكتب العلمية لبنان ، ط 2 ، 2003 .
6. ، زكريا الانصاري ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ، دار الكتب العلمية لبنان ، المجلد 2 ، ط 1 - 2000 .
7. شمس الدين بن مفلح ، كتاب الفروع في فقه الامام احمد بن حنبل ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، 2002 .
8. شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، المجلد 4 ، ط 3 ، سنة 2003 .
9. عبدالله بن ناصر السلمي ، الغش واثره في العقود. ج 1 ، دار كنوز اشبيليا ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، ط 1 ، سنة 2004 .
10. عبد الرحمن الكليبولي ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1998 مجلد 3 ط 1 .
11. د. عبد الرزاق د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، سنة 1998.
12. د. عبد السلام داؤود العبادي ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، ج 1 ، مكتبة الاقصى ، عمان ، 1974 .

13. عز الدين الخطيب التميمي و مجموعة من الباحثين ، نظرات في الثقافة الاسلامية ، دار الفرقان ، عمان ، 1999 ، ط 4 .
14. الامام علاء الدين ، ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 2000م .
15. د. علي محي الدين على القرطداعي ، مبدأ الرضا في العقود ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، 2002 ، ط 2 .
16. الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير للعاجز الفقير ، ج 6 ، دار احياء التراث العربي بيروت-لبنان .
17. محمد بن جمال الدين مكي العاملي وزين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج 3 دار احياء التراث العربي بيروت-لبنان ، ط 3 .
18. الامام الشيخ محمد بن علي الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار ، ج 2 ، دار ابن كثير - دمشق - بيروت ، ط 2 ، 2005 .
19. د . محمد حسين قنديل ، النظريات العامة في الفقه الاسلامي ، مكتبة دار البيان ، الكويت ، 1999 ، 2000 ،
20. محمد زكي عبد البر ، احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي (عرض منهجي) ، ، دار الثقافة ، قطر ، الدوحة ، ط 1 ، 1986.
21. د. محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1977 ، الطبعة الثانية .
22. الاستاذ مصطفى الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، ج 4 ، العقود المسماة عقد البيع ، ( بدوت ذكر مكان وسنة نشر ) .
23. منير القاضي ، شرح المجلد ، ج 2 ، مطبعتا السريان والعاني ، بغداد. 1947.
24. الامامين موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي المفتي ، ج 4 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، طبعة جديدة بالافست .
25. د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، دار الفكر المعاصر ، بيروت لبنان ، ط 2 2008

## ثانياً: الكتب القانونية:

- 1- د. احمد حشمت ابو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد- الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة مصر ، 1954 .
- 2- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد. منشأة المعارف الاسكندرية سنة 2006.
- 3- السيد محمد السيد عمران ، الالتزام بالاعلام الالكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت ، الدار الجامعية ، بيروت 2006 .
- 4- د. انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ودراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى ، 2005 .
- 5- المستشار انور طلبة ، الحيازة ، المكتب الجامعي الحديث ، الازارطة ، الاسكندرية ، 2004 ،
- 6- د. جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1999
- 7- جمعه سعدون الربيعي ، احكام ازالة الشيوخ ، بغداد ، سنة 1989
- 8- د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 .
- 9- جبراركورنو ، معجم مصطلحات القانونية ، ترجمة منصور الغاني ، ج2 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت 1998.
- 10- حسن عكوش ، المسؤولية المدنية ، في القانون المدني الجديد. مكتبة القاهرة ، مصر.
- 11- د.حسن علي الذنون ، المبسوط ، الخطأ ، ج2 ، بغداد ، 2000 .
- 12- د.حسن علي ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج1 ، الضرر ، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة ، 1991 .
- 13- حسين عامر ، المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية ، مطبعة مصر ، ط 1 ، 1956 .
- 14- خالد عبد الفتاح محمد ، المسؤولية المدنية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009.
- 15- د. رؤوف عبید . جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال ، دار الفكر العربي ، ط 1 سنة 1974 .
- 16- د. سليمان مرقص ، الوافي ، القسم الاول ، المجلد الاول ، ط5 ، بدون سنة طبع

- 17- د. سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الإلتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ( بدون ذكر سنة نشر ) .
- 18- د. سمير عبد الغني . جرائم الاعتداء على الأموال . دار الكتب القانونية . مصر . 2007
- 19- صلاح الدين زكي ، تكون الروابط العقد فيما بين الغائبين ، دار النهضة العربية ، ط ، 1 ، سنة 1963 .
- 20- عبدالله بن ناصر السلمي ، الغش واثره في العقود . ج 1 ، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، السعودية ، ط 1 ، 2004 . عبد الحميد المنشاوي . جرائم خيانة الامانة . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية . 2005.
- 21- د . عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج 2 ، الحق ، الكويت ، 1980.
- 22- د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي ، ذات السلاسل ، الكويت ، 1982 .
- 23- د. عبد الرحمن احمد جمعه الحلالشة ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، عقد البيع ، دار وائل للنشر ، عمان ، الاردن ، ط 1 ، 2005 .
- 24- د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد . ج 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، سنة 1998 ، ط 2 الجديدة .
- 25- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .
- 26- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المجلد الثاني ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان 2000 ، الطبعة الثالثة الجديدة .
- 27- عبد الرشيد مأمون : الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات - الكتاب الاول ، مصادر الإلتزام ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 2007 .
- 28- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار الكتب . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1982 .
- 29- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الإلتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 .
- 30- د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ج 1 ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، سنة 1967 .
- 31- د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1974 .



- 32-د. عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2006 .
- 33-د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 .
- 34- د. عدنان السرحان ، شرح احكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية ، ج 1 ، عقد البيع ، دار وائل للنشر ، عمان ، الاردن ، ط1 ، 2005 .
- 35-د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ط1 ، 2007 .
- 36- د. علي هادي العبيدي ، العقود المسماة في البيع والايجار ، المركز القومي للنشر ، الاردن ط2 ، 1999 .
- 37- عمر علي الشامسي ، فسخ العقد ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، 2010 .
- 38- د. ليلي عبد الله سعيد. النظرية العامة لضمان اليد. مكتبة الجيل العربي ، العراق ، الموصل ، سنة 2000 .
- 39-:د.مالك دوهان الحسن ، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1964.
- 40-د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات القسم الخاص ، القسم الخاص ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، ج1 ، القاهرة ، 1982 .
- 41-د. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، المصادر الارادية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1992 .
- 42- د. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، نظرية الوارد الظاهر ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، مصر ، 1993 .
- 43- د. محمد حسام محمود لطفي . الاحكام العامة لعقد التأمين . دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي . النسر الذهبي . القاهرة . 2001.
- 44-د. محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، دراسة في القانونين المصري والفرنسي ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، 1995 .
- 45- د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 2001 .
- 46-د. محمد سليمان الاحمد. الخطأ وحقيقة اساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، التفسير للنشر والدعاية ، اربيل ، ط1 .
- 47- د. محمد سليمان الأحمد ، خواطر مدنية ، دار الفكر والوعي ، السليمانية ، 2009 .

- 48- د. محمد سليمان الاحمد . قاعدة نصل اوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، دراسة تحليلية في فلسفة القانون ، مطبعة شهاب ، اربيل ، العراق ، ط1 ، 2010 .
- 49- د.د. محمد سليمان الأحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، دار الحامد ، عمان ، 2002.
- 50- د.محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 .
- 51- د. محمد عيد الغريب ، الثقة العامة ، دراسة تحليلية تأصيلية لفكرة الثقة العامة ، القاهرة ، 2001 .
- 52- د.محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني 'مكتبة دار الثقافة ، الاردن ، ط1 ، 2004 .
- 53- محمود عبد الرحمن محمد ، إستعمال وإدارة المال الشائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ( بدون ذكر سنة نشر ) ،
- 54- د.مصطفى الجمال ود. رمضان أبو السعود ود. نبيل إبراهيم سعد ، مصادر وأحكام الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006.
- 55- د. مصطفى النشار ، نظرية المعرفة عند أرسطو ، دار المعارف ، القاهرة ، 1985 ، ط1 .
- 56- د.منذر الفضل ود. صاحب الفتلاوي ، شرح القانون المدني الاردني ، العقود المسماة ، مكتبة دار الثقافة ، عمان -الاردن ، طبعة جديدة منقحة ، 1996 .
- 57- د.منصور مصطفى منصور ، مصادر الإلتزام ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1971 .
- 58- د.نبيل ابراهيم سعد ، العقود المسماة ، عقد البيع ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2004 .
- 59- د. نبيل ابراهيم سعد. النظرية العامة للإلتزام ، ج1 ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الحديثة ، 2004 .
- 60- د.نزيه محمد الصادق ، الإلتزام قبل التعاقد بالافضاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود ، دراسة فقهية قضائية مقارنة دار النهضة العربية ، 1999 .
- 61- د. نزيه محمد الصادق المهدي ، النظرية العامة للإلتزام ، ج1 ، مصادر الإلتزام ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، 2007 .
- 62- د.نعمان محمد خليل جمعة ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، معهد البحوث والدراسات العربية ، 1977 .
- 63- د. هادي مسلم البشكاني ، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، دراسة قانونية ، دار الكتب القانونية ، المرحلة الكبرى ، 2009 .

- 64- د. هلالى عبدالله أحمد ، الحقيقة بين الفلسفة العامة و الإسلامية و فلسفة الإثبات الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) .
- 65- د.وليد نجيب القسوس ، إدارة وإزالة المال الشائع ، مطبعة الجامعة الأردنية ، عمان ، 1993 ،

### ثالثا : البحوث والرسائل :

- 1- ثارام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق ، رسالة ماجستير في كلية القانون -جامعة السليمانية- ، 2008 ، (غير منشورة) .
- 2- اوات عمر قادر حاجي ، النظام القانوني لمبدأ إستقرار المعاملات في القانون المدني مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، 2009 .
- 3- به مو برويز عزيز ، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد ، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون ، جامعة سليمانية ، 2007 .
- 4- د.جعفر محمد جواد الفضلي و د.يسرى وليد ابراهيم ، بيوعات الامانة ، دراسة مقارنة ، مجلة الرافدين للحقوق مجلد ( 3 / السنة العاشرة ) عدد (26) سنة 2005 .
- 5- حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة .
- 6- زبير مصطفى حسين ، العقد الموقوف في القانون المدني العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة صلاح الدين ، 1998 ، (غير منشورة) .
- 7- سليمان براك الجميلي ، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة ) رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهدين 1998 .
- 8- د.صبري حمد خاطر ، الالتزام بتقديم المعلومات ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد 11 العدد الاول - 1996 .
- 9- عدنان ابراهيم السرحان ، الاوضاع الظاهرة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1986 .
- 10- د. ليلى عبدالله سعيد ، الامانة في المعاملات المالية ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون جامعة الموصل ، العدد الاول سنة 1996 .
- 11- د. محمد سليمان الأحمد ، تحوّل اليد في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة ، تصدرها كلية القانون والسياسة ، جامعة صلاح الدين ، السنة اثالثة ، العدد (3) ، 2005 .

12-د. محمد سليمان الأحمد و د. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون والسياسة ، جامعة الموصل ، العدد (17) ، 2003 .

13-ياسر محمد عبد الله ، الحماية الجنائية للثقة العامة في المعاملات ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية ، 2009 ، ( غير منشورة ) ،

#### رابعاً : القوانين :

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2- قانون المواد المدنية والتجارية القطري ذو الرقم (7) لسنة 1974 ( الملغي ) .

3- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل .

4- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

#### خامساً : المعاجم اللغوية :

1- ابن منصور الازهري ، تهذيب اللغة ، ج 3 ، الدار المصرية للآليف الترجمة ، مصر ، (بدون ذكر سنة نشر ) .

2- العلامة ابن منظور ، لسان العرب ، ج 1 ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، الطبعة الثالثة .

3- ابو حسين زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، ج 6 ، عيسى الباب الحلي وشركاؤه ، القاهرة ، ط 1 .

4- العلامة الراغب الاصفهاني ، مفردات الفاظ القرآن ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، 1996 ، ط 1 .

5- الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، مصطفى البابي الحلبي ، بيروت ، 1952 .

6- بطرس البستاني ، محيط المحيط ، بيروت لبنان سنة 1983 ، ط جديدة

7- .العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، المحيط ، ج 1-دار توبليس ، بيروت ، 2006 - الطبعة الأولى .

8- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، سنة 1983 .

9- المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، 1999 ،

## ملخص

### الخيانة في عقود الامانة

تعددت صور المعاملات المالية في الحياة المعاصرة وهي منذ ان بدأ القانون بتنظيمها ، تنوعت إلى أنماط متعددة ، من ضمنها ما يعتمد بشكل اساس ورئيس على الثقة في التعامل ، وقد اختص الفقه الاسلامي بأطلاق تسمية عقود الامانة على هذا النمط من المعاملات ، وهي عقود مبنية على المصادقية والثقة المتبادلة بين المتعاقدين ، وهي محددة في هذا الفقه بأربع سور هي :- المرابحة والتولية والوضيعة والاشراك ، وهي تكثر في عقد البيع بصفة رئيسية ، وهي تعتمد على بيع الشيء بنفس الثمن او اقل منه إلى المشتري ، مع الافصاح للمشتري بالثمن الذي تم شراء الشيء به ، ولهذا فمن المتصور ان تكثر الخيانة في هذه العقود. وقد اخذ المشرع العراقي بهذه العقود ، وعد مجرد الكتمان فيها من قبل الخيانة الذي اعتبرها القانون المدني من صور التغيرير حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (121) على انه ( يعتبر تغيريرا عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة ) .

وهذا ما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع المهم ، لان الخيانة في وقتنا الحاضر قد انتشرت في كثير من العقود فما بالك بعقود الامانة ؟ لا سيما في بيع الاشياء المستخدمة او المستعملة كالسيارات وما إلى ذلك .

وقد قسمنا بحثنا إلى ثلاثة فصول هي :-

الفصل الاول :- التعريف بمتضمنات نقض الامانة

وفيه مبحثان

المبحث الاول :- ماهية الامانة والخيانة فيها

المبحث الثاني ماهية التغيرير والكتمان

الفصل الثاني :- عقود الامانة والتزامات الامين فيها

وفيه مبحثان

المبحث الاول :- التعريف بعقود الامانة

المبحث الثاني :- التزامات الامين في عقود الامانة

الفصل الثالث : احكام الخيانة في عقود الامانة

وفيه مبحثان

المبحث الاول :- الخيانة عيب في الرضا

المبحث الثاني :- الخيانة اخلال بالتزام عقدي

ثم ختمنا الدراسة بجملة من النتائج والتوصيات والله ولي التوفيق

## Summary

### Treason in decades Secretariat

Colorful images of financial transactions in contemporary life is since he started law Ptndeimha , varied patterns to multiple , including what supports are primarily of confidence in the deal , has been singled out by Islamic jurisprudence sprayed label contracts the secretariat for this type of transaction , the contracts are based on credibility and mutual trust between the contractors , which are set out in the Principles of four wall are: – Murabaha and inaugural and menial and involvement , they abound in the sales contract in the main , and is dependent on the sale of the thing in the same price or more expensive or less of it to the buyer , with disclosure to the buyer the price for which was purchased thing to him , but it is conceivable that this betrayal abound in these contracts. The taking of the Iraqi legislature to these contracts , just a promise by the secret treason , which considered the Civil Code of pictures of deceiving , which stipulates the second paragraph of Article (121) he (is not Ngrera statement in the trust with which contracts should be avoided where the suspicion for a statement such as treason in Murabaha The inauguration and the involvement and inferior)

That is why we chose to important topic , because of treason in the present day has spread in many of the contracts , let alone contracts honesty?

Particularly in the sale of used or used things such as cars and so on.

We divided our research into three chapters , namely: –

Chapter One: – Introducing the Bmtzmanat veto Secretariat

And involves two issues

Section I: – The concept of trust and betrayal where

Second part of what led astray and confidential

Chapter II: – decades of trust and the obligations of the Secretary

And involves two issues

Section One: – Introducing the Secretariat of contracts

Section II: – the obligations of the secretary in decades , the Secretariat

Chapter III

Provisions of treason in decades Secretariat

And involves two issues

Section I: – treason defect in satisfaction

Section II: – breach of the commitment of my contract of treason

Then we ended the study a host of findings , recommendations and God  
help you!

## قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
4 – 1	المقدمة
5	الفصل الأول :التعريف بمتضمنات نقض الأمانة.
6	المبحث الأول:ماهية الأمانة والخيانة فيها.
6	المطلب الأول:ماهية الأمانة.
9 – 7	الفرع الأول:تعريف الأمانة.
16 – 9	الفرع الثاني:عناصر الأمانة ومصادرها.
17	المطلب الثاني:ماهية الخيانة.
18 – 17	الفرع الأول:تعريف الخيانة.
20 – 19	الفرع الثاني:عناصر الخيانة.
20	المبحث الثاني:ماهية التغيرير والكتمان.
21	المطلب الأول:ماهية التغيرير.
21	الفرع الأول:تعريف التغيرير.
27 – 22	الفرع الثاني:شروط التغيرير.
28	المطلب الثاني:ماهية الكتمان.
28	الفرع الأول:تعريف الكتمان.
29	الفرع الثاني:كيفية وقوع التغيرير بالكتمان.
31 – 30	الفصل الثاني:عقود الأمانة والتزامات الأمين فيها.
32	المبحث الأول :التعريف بعقود الأمانة .
32	المطلب الأول :ماهية عقود الأمانة ووجه الاستئتمان فيها .
41 – 32	الفرع الأول:ماهية عقود الأمانة.
41	الفرع الثاني:وجه الاستئتمان في عقود الأمانة.
44	المطلب الثاني:أساس اقرار عقود الأمانة والخيانة فيها .
46 – 44	الفرع الأول :الأساس التقليدي لأقرار عقود الأمانة .
48 – 46	الفرع الثاني:الأساس الحديث لأقرار عقود الأمانة والخيانة فيها.
48	المبحث الثاني :التزامات الأمين في عقود الأمانة .
49	الفرع الأول:التزامات الراجعة الى ما قبل التعاقد.
52	الفرع الثاني:اساس الألتزامات في مرحلة ما قبل التعاقد.
54	المطلب الثاني: الألتزامات الناجمة من عقود الأمانة.
54	الفرع الأول:الألتزامات الراجعة الى طبيعة الأمانة في العقود.



56	الفرع الثاني: الألتزامات الراجعة الى تحديد نوع العقد.
59	الفصل الثالث: أحكام الخيانة في عقود الأمانة.
60	المبحث الأول: الخيانة عيب في الرضا.
62	المطلب الأول: الخيانة الموجبة لوقف العقد.
65	المطلب الثاني: خيار اجازة العقد أو نقضه.
65	الفرع الأول: تحديد مفهوم العقد الموقوف.
69	الفرع الثاني: تحديد مفهوم خيار الأجازة أو النقض.
73	المبحث الثاني: الخيانة اخلال باللتزام عقدي.
73	المطلب الأول: الخيانة الموجبة لفسخ العقد.
82	المطلب الثاني: الخيانة المقررة للمسؤولية العقدية.
89	الخاتمة:
91-98	المراجع: